



การเลิกสัญญาโดยปริยาย

โดย

นายวศิน วรวิทยาคม

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายเอกชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2560

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

การเลิกสัญญาโดยปริยาย

โดย

นายวศิน วรวิทยาคม



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายเอกชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2560

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

IMPLIED TERMINATION OF CONTRACT

BY

MR. WASIN VORRAVITTAYAKOM



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS

FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

PRIVATE LAW

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2017

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นายวสิน วรวิทยาคม

เรื่อง

การเลิกสัญญาโดยปริยาย

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 10 สิงหาคม พ.ศ. 2561

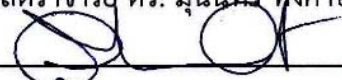
ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์


(ศาสตราจารย์ ดร. ศนันทกรณ์ โสทธิพันธุ์)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์


(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน)

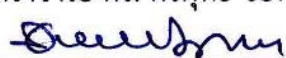
กรรมการสอบวิทยานิพนธ์


(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วีรวัฒน์ จันทโชติ)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์


(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง)

คณบดี


(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การเลิกสัญญาโดยปริยาย
ชื่อผู้เขียน	นายวศิน วรวิทยาคม
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายเอกชน นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน
ปีการศึกษา	2560

บทคัดย่อ

ระบบกฎหมายไทยยอมรับให้มีการเลิกสัญญาโดยปริยายหรือไม่ถือเป็นปัญหาสำคัญ การศึกษาเปรียบเทียบระหว่างระบบกฎหมายไทย กฎหมายเยอรมัน และอังกฤษ ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ข้อสรุปว่าการเลิกสัญญาถือเป็นการเยียวหาความเสียหายอันเกิดจากผิดสัญญา โดยทั่วไปเกิดขึ้นจากคู่สัญญาที่มีสิทธิเลิกสัญญาและต้องมีการบอกกล่าวแสดงเจตนาให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบถึงการเลิกสัญญานั้นด้วย เมื่อสัญญาเลิกกันคู่กรณีย่อมมีสิทธิปฏิเสธไม่ชำระหนี้ใดๆ ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตตามสัญญาและอาจเรียกคืนการชำระหนี้ที่ตนได้กระทำลงไปในช่วงสัญญาตามหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม

การเลิกสัญญาโดยปริยายจากเจตนาสองฝ่ายของคู่สัญญาย่อมเกิดขึ้นได้เมื่อคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน ทั้งนี้เข้าใจว่าคำเสนอขอเลิกสัญญาไม่อาจทำโดยปริยายเนื่องด้วยเป็นคำขอทำสัญญาที่ก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวซึ่งสิทธิในลักษณะระงับสิทธิหน้าที่อย่างเด็ดขาด การทำคำเสนอขอเลิกสัญญาจึงมีความเคร่งครัดยิ่งและต้องมีข้อสาระสำคัญที่มุ่งทำให้สัญญาระงับสิ้นไปอย่างเด็ดขาดโดยไม่ต้องกำหนดว่าให้มีการกลับคืนสู่ฐานะเดิมหรือให้สัญญาสิ้นสุดไปในอนาคต แต่คำเสนออาจทำได้โดยปริยายหากเข้าข้อยกเว้นที่ไม่ต้องบอกกล่าวคำสนองกลับไปสู่ผู้ทำคำเสนอ กรณีที่คำเสนอและคำสนองไม่ถูกต้องตรงกันแต่คู่กรณีต่างเชื่อถือว่าการเลิกสัญญาโดยปริยายเกิดขึ้นแล้ว อีกทั้งมีการกระทำในลักษณะที่ทำให้อีกฝ่ายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมหรือมีการคืนทรัพย์สินในลักษณะการคืนลามิควรได้ยอมทำให้เข้าใจได้ว่าคู่กรณีมีเจตนาที่แท้จริงที่เลิกสัญญาอย่างเด็ดขาดและมีการเลิกสัญญาโดยปริยายเกิดขึ้นแล้ว

ระบบกฎหมายไทยมิได้แบ่งแยกระหว่างการเลิกสัญญาสัญญาทั่วไปและการเลิกสัญญาที่มีลักษณะก่อหนี้อย่างต่อเนื่อง และการเลิกสัญญาโดยปริยายมักมิได้กำหนดผลการเลิกสัญญา

ไว้ซึ่งการนำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมซึ่งเป็นผลทั่วไปของการเลิกสัญญาเข้าปรับใช้โดยเทียบเคียงแก่การเลิกโดยปริยายในสัญญาต่อเนื่องทำให้ต้องรื้อฟื้นการชำระหนี้ที่เสร็จสิ้นแล้วซึ่งไม่เหมาะสมและอาจเกิดความไม่เป็นธรรมได้

คำสำคัญ: การเลิกสัญญาโดยปริยาย, ข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยาย, คำเสนอขอเลิกสัญญา



Thesis Title	IMPLIED TERMINATION OF CONTRACT
Author	Mr. Wasin Vorravittayakom
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Private Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Assistant Professor Dr. Munin Pongsapan
Academic Years	2017

ABSTRACT

Whether a contract could be terminated impliedly is a problem in Thai law. According to a comparative study of Thai, German and English law in this thesis, it can be confirmed that termination is remedy for breach of contract and generally effected by a declaration of will of aggrieved party unilaterally. Once the contract is terminated, the parties may refuse any further of the performance and claim any performance back that may already have been rendered according to the rule of restitution.

This thesis discovers that a reciprocal implied termination of contract could be made on an exchange of declaration an offer and acceptance of the parties. Offers are an intention to enter into a contract and must be precise and complete as to the essential element of the proposed contract. An offer to terminate a contract must be made expressly, not impliedly, and communicated to the offeree. The offer to terminate a contract is an intention to enter into a transaction, termination agreement, that directly transfers and immediately affecting property rights in order to extinguish a contract absolutely, it's required that the parties exhaustively determine the object of the agreement at the time of contracting. The requirement of specificity and completeness are applied much more strictly where making the offer to terminate a contract. The content of offer to terminate a contract are concerned about to extinguish contractual obligations but no necessary to make any further of restitution.

An acceptance must be in response to an offer made by the offeror and communicated to the offeror, however the notification of the acceptance can be waived under the law. In case of the question of the discord of offer and acceptance is over essential terms of contract, generally speaking there is no contract. The prevailing opinion seeks to limit this rule by emphasizing that one must search for true intention of the parties taking into account the type of contract they concluded. On the other hand, there are no contracts concluded by the disagreement but each of parties believed that the contract have been concluded. It left to the judge to search for presumed intention of the parties, by taking into account all surrounding circumstances such as received performances and interests are returned in order to restore the position of the parties before performance has begun. The returning of performances has been indicated they have mutual intention to terminate a contract absolutely and implied termination of contract might be occurred.

Thai law does not make a clear distinction between the consequence of termination of an instantaneous contract and a continuing contract. When terminating the contract impliedly the parties do not usually agree upon the consequence of termination. This can be solved by analogy to the implied termination of continuing contract.

Keywords: implied termination of contract, implied termination agreement, offer to terminate a contract

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่อาจสำเร็จได้หากปราศจากความกรุณาจากอาจารย์ผู้มีเมตตาหลายท่าน โดยผู้เขียนต้องกราบขอบคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน ที่กรุณารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้และให้คำปรึกษาในเรื่องการศึกษาชั้นปริญญาโทแก่ผู้เขียนอีกด้วย ซึ่งผู้เขียนได้รับความเมตตาอย่างดีตลอดเวลาที่อยู่ในความดูแลของท่าน และผู้เขียนขอกราบขอบคุณท่านศาสตราจารย์ ดร. ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์ ที่กรุณารับเป็นประธานกรรมสอบวิทยานิพนธ์และให้ข้อชี้แนะมากมายในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และกราบขอบคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วีรวัฒน์ จันทโชติ และท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. กรศุทธิ์ ขอพวงกลาง ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ซึ่งความเชี่ยวชาญของท่านทั้งสองทำให้การจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์และชัดเจนมากยิ่งขึ้น

และที่สำคัญผู้เขียนต้องกราบขอบคุณ คุณพ่อวรจักร และคุณแม่แม่นงนิศ วรวิทยาคม ที่เชื่อมั่นในตัวลูกชายคนเดียวของท่านและให้การสนับสนุนแก่ผู้เขียนในทุกๆ ทางตั้งแต่วันที่ผู้เขียนตัดสินใจเป็นนักกฎหมาย ผู้เขียนต้องขอบใจคุณพิมพ์พร วิวัฒน์เจริญกิจ ที่คอยเป็นนาฬิกาปลุกกระตุ้นเตือนให้ผู้เขียนมีพลังในการจัดทำวิทยานิพนธ์อย่างต่อเนื่องสม่ำเสมอ นอกจากนี้ผู้เขียนต้องขอบคุณเพื่อนๆ พี่น้องทุกคนทั้งนิมิตมอธ และนิมิตมอช ที่ช่วยทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงไปได้ด้วยดี

สุดท้ายนี้หากมีความดีหรือประโยชน์ใดๆ ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้เขียนขอมอบแต่บิดามารดา และขออุทิศแด่ครูบาอาจารย์ผู้ซึ่งประสิทธิ์ประสาทความรู้ของผู้เขียนทุกท่าน แต่หากมีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียวและต้องขออภัยมา ณ ที่นี้

นายวสิน วรวิทยาคม

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(5)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและสภาพปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	6
1.3 ขอบเขตการศึกษา	7
1.4 สมมติฐานของปัญหา	7
1.5 วิธีการศึกษา	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	8
1.7 ทบทวนวรรณกรรม	8
บทที่ 2 หลักกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญาในระบบกฎหมายไทย	10
2.1 ความนำ	10
2.2 พัฒนาการของหลักกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญาในระบบชีวิตลอร์	10
2.2.1 พัฒนาการของการเลิกสัญญาในกฎหมายโรมัน	14
2.2.1.1 พัฒนาการของระบบกฎหมายสัญญาและเอกเทศสัญญาโรมัน	14
2.2.1.2 พัฒนาการของหลักกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญาในกฎหมายโรมัน	22
(1) Lex Commissoria	22
(2) Actio Rehibitoria	23

2.2.2 พัฒนาการของหลักกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญาในช่วง <i>ius commune</i>	27
2.2.3 พัฒนาการของหลักกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญาในประเทศ ฝรั่งเศส	26
2.2.3.1 การจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส	29
2.2.3.2 บุคลิกลักษณะของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส	30
2.2.3.3 พัฒนาการของหลักกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญาในระบบ กฎหมายฝรั่งเศส	31
2.2.4 พัฒนาการของหลักกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญาในประเทศ เยอรมนี	36
2.2.4.1 การรับเอากฎหมายโรมันเข้าสู่ระบบกฎหมายเยอรมัน	36
2.2.4.2 การจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน	37
2.2.4.3 บุคลิกลักษณะของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน	38
2.2.4.4 พัฒนาการของหลักกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญาในระบบ กฎหมายเยอรมัน	41
2.3 การรับหลักกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญาเข้าสู่ระบบกฎหมายไทย	43
2.3.1 การปฏิรูประบบกฎหมายสมัยใหม่ของไทย	44
2.3.1.1 การจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.2466	46
2.3.1.2 การจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.2468	49
2.3.2 ที่มาของบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญาของไทย	52
2.3.2.1 ที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 386	52
2.3.2.2 ที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387	54
2.3.2.3 ที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 388	54
2.3.2.4 ที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 389	55
2.3.2.5 ที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 390	56
2.3.2.6 ที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391	56
2.3.2.7 ที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 392	58
2.3.2.8 ที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 383	59
2.3.2.9 ที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 384	60
2.3.3 ประเภทของการเลิกสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	61

2.3.3.1 การเลิกสัญญาโดยเจตนาคู่สัญญาฝ่ายเดียว	61
(1) สิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญา	62
(2) สิทธิเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติกฎหมาย	64
(2.1) สิทธิเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติกฎหมายทั่วไป	64
(2.1.1) การไม่ชำระหนี้	64
(2.1.2) การชำระหนี้ล่าช้า	66
(2.1.3) การชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัย	68
(2.2) สิทธิเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะ	69
(2.2.1) สิทธิเลิกสัญญาตามสัญญาซื้อขาย	69
(2.2.2) สิทธิเลิกสัญญาตามสัญญาเช่า	69
(2.2.3) สิทธิเลิกสัญญาตามสัญญาเช่าซื้อ	70
(2.2.4) สิทธิเลิกสัญญาตามสัญญาจ้างแรงงาน	70
(2.2.5) สิทธิเลิกสัญญาตามสัญญาจ้างทำของ	71
(2.2.6) สิทธิเลิกสัญญาตามสัญญายืม	71
(2.2.7) สิทธิเลิกสัญญาตามสัญญาตัวแทน	71
(2.2.8) สิทธิเลิกสัญญาตามสัญญาประกันภัย	71
(3) ผลของการใช้สิทธิเลิกสัญญา	72
(3.1) ผลของการใช้สิทธิเลิกสัญญาที่ก่อให้เกิดให้ปฏิบัติชำระ คราวหนึ่งคราวเดียว	72
(3.2) ผลของการเลิกสัญญาที่ก่อให้เกิดให้ปฏิบัติชำระเป็น ระยะๆ	74
2.3.3.2 การเลิกสัญญาโดยเจตนาคู่สัญญาสองฝ่าย	77
(1) การทำข้อตกลงเลิกสัญญา	77
(2) การทำคำเสนอขอเลิกสัญญาและอีกฝ่ายมีคำสนองให้เลิก สัญญา	77
2.4 สรุป	78
บทที่ 3 การเลิกสัญญาโดยปริยายในระบบกฎหมายไทย	80
3.1 ความนำ	80

3.2 ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยการเลิกสัญญาโดยปริยาย	80
3.3 ประเภทของวิธีการในการแสดงเจตนา	82
3.3.1 การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง	83
3.3.2 การแสดงเจตนาโดยปริยาย	84
3.3.3 การแสดงเจตนาโดยการนิ่ง	87
3.4 หลักการสื่อสารการแสดงเจตนาโดยปริยาย	88
3.5 กระบวนการเกิดขึ้นของสัญญาโดยปริยาย	90
3.5.1 ลักษณะของคำเสนอขอเลิกสัญญา	95
3.5.2 ลักษณะของคำสนอง	100
3.6 การเลิกสัญญาโดยปริยายในระบบกฎหมายไทย	105
3.6.1 วัตถุประสงค์ของการเลิกสัญญาโดยปริยาย	106
3.6.2 การใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยาย	111
3.6.3 ข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยาย	111
3.6.4 การเลิกสัญญาโดยปริยายตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาไทย	113
3.6.4.1 กรณีคู่สัญญามีพฤติการณ์ไม่นำพาต่อการปฏิบัติตามสัญญาหรือทิ้งร้าง	114
3.6.4.2 กรณีที่คู่สัญญาใช้สิทธิเลิกสัญญาตามกฎหมาย โดยมีได้บอกกล่าวกำหนดเวลาพอสมควร	117
3.6.4.3 กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีคำเสนอขอเลิกสัญญา และอีกฝ่ายมีการกระทำที่สันนิษฐานได้ว่าเป็นการสนองรับการเลิกสัญญา	119
3.6.4.4 กรณีที่ผู้ให้เช่าซื้อใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยมิชอบและเข้ายึดทรัพย์ที่เช่าซื้อคืน แต่ผู้เช่าซื้อมิได้โต้แย้งคัดค้าน	121
3.6.4.5 กรณีที่ผู้ซื้อผิดสัญญาซื้อขายที่มีสิทธิครอบครอง และผู้ขายฟ้องขับไล่	127
3.6.5 ผลของการเลิกสัญญาโดยปริยาย	130
3.7 สรุป	133

บทที่ 4 การเลิกสัญญาโดยปริยายในระบบกฎหมายต่างประเทศ	134
4.1 ความนำ	134
4.2 การเลิกสัญญาโดยปริยายในระบบกฎหมายเยอรมัน	134
4.2.1 เหตุแห่งการเลิกสัญญา	136
4.2.1.1 การผิดหน้าที่ในการชำระหนี้	138
(1) การชำระหนี้ล่าช้า	141
(2) การชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามสัญญา	142
(3) การชำระหนี้แต่บางส่วน	144
(4) การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย	145
(4.1) การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยตามมาตรา 275 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน	147
(4.2) การชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยตามมาตรา 275 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน	149
(4.3) การชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยตามมาตรา 275 วรรคสาม ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน	152
4.2.1.2 การผิดหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้	153
4.2.2 วิธีการบอกเลิกสัญญา	153
4.2.3 ผลของการเลิกสัญญา	156
4.2.3.1 ผลของการเลิกสัญญาทั่วไป	157
4.2.3.2 ผลของการเลิกสัญญาที่มีลักษณะก่อหนี้อย่างต่อเนื่อง	158
4.2.4 การเลิกสัญญาโดยปริยาย	160
4.2.4.1 การใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยาย	161
4.2.4.2 ข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยาย	163
4.3 การเลิกสัญญาโดยปริยายในระบบกฎหมายอังกฤษ	173
4.3.1 เหตุแห่งการเลิกสัญญา	174
4.3.1.1 การผิดข้อสัญญาที่ให้สิทธิอีกฝ่ายเลิกสัญญา	175
4.3.1.2 การผิดข้อสัญญาที่ถือว่าเป็นสาระสำคัญ	176
(1) ข้อสาระสำคัญของสัญญาที่บัญญัติในกฎหมายลายลักษณ์อักษร	178

(2) ข้อสาระสำคัญของสัญญาตามเจตนาของคู่สัญญา	179
(3) ข้อสาระสำคัญของสัญญาตามแนวคำวินิจฉัยของศาล คอมมอนลอว์	180
4.3.1.3 การผิดอย่างร้ายแรงในข้อซึ่งอาจไม่สำคัญของสัญญา	182
4.3.1.4 คู่สัญญาพฤติการณ์ที่ไม่ประสงค์จะผูกพันตามสัญญา	183
4.3.1.5 การผิดสัญญาก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้	186
4.3.2 วิธีการบอกเลิกสัญญา	188
4.3.3 ผลของการเลิกสัญญา	190
4.3.4 การเลิกสัญญาโดยปริยาย	193
4.3.4.1 การใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยาย	193
4.3.4.2 ข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยาย	194
4.4 สรุป	199
บทที่ 5 บทวิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาของการเลิกสัญญาโดยปริยายในระบบ กฎหมายไทยและระบบกฎหมายต่างประเทศ	201
5.1 ความนำ	201
5.2 ปัญหาเรื่องการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยาย	201
5.2.1 ลักษณะทางกฎหมายของการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยาย	201
5.2.2 วิธีการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยาย	205
5.2.3 ผลของการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยาย	208
5.3 ปัญหาเรื่องข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยาย	212
5.3.1 ลักษณะทางกฎหมายของข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยาย	212
5.3.2 วิธีการทำคำเสนอขอเลิกสัญญา	214
5.3.3 วิธีการทำคำสนองให้เกิดเป็นการเลิกสัญญาโดยปริยาย	219
5.3.4 ข้อสาระสำคัญของข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยาย	225
5.3.5 ผลของข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยาย	230
5.4 ปัญหาเรื่องแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยาย	235
5.4.1 กรณีที่คู่สัญญามีพฤติการณ์ไม่นำพาต่อสัญญาหรือทิ้งร้าง	236

5.4.2 กรณีที่คู่สัญญาใช้สิทธิเลิกสัญญาตามกฎหมาย แต่ไม่ได้บอกกล่าว กำหนดเวลาพอสมควร	238
5.4.3 กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีคำเสนอขอเลิกสัญญา และอีกฝ่ายมีการ กระทำที่สันนิษฐานได้ว่าเป็นการสนองรับการเลิกสัญญา	240
5.4.4 กรณีสัญญาเช่าซื้อที่ผู้ให้เช่าซื้อเลิกสัญญาโดยมิชอบและเข้ายึด ทรัพย์สินที่เช่าซื้อคืน และผู้เช่าซื้อมิได้โต้แย้งคัดค้าน	246
5.4.5 กรณีที่ผู้ซื้อผิดสัญญาซื้อขายที่ดินที่มีสิทธิครอบครอง และผู้ขาย ฟ้องขับไล่	248
5.5 สรุป	250
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	251
6.1 บทสรุป	251
6.1.1 การใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวอาจกระทำได้โดยปริยาย	251
6.1.2 การเลิกสัญญาที่เกิดขึ้นจากเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอาจ กระทำได้โดยปริยาย	252
6.1.2.1 คำเสนอขอเลิกสัญญาต้องกระทำโดยชัดแจ้งเท่านั้น	252
6.1.2.2 เนื้อหาของคำเสนอขอเลิกสัญญา	252
6.1.2.3 คำสนองรับคำขอเลิกสัญญานั้นอาจกระทำได้โดยปริยาย	253
6.1.3 ข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยาย	253
6.1.3.1 การเลิกสัญญาโดยปริยายในสัญญาที่มีมูลค่ามาก	254
6.1.3.2 การเลิกสัญญาโดยปริยายที่คำเสนอและคำสนองไม่ถูกต้อง ตรงกัน แต่คู่สัญญามีเจตนาที่แท้จริงให้มีการเลิกสัญญาหรือ มีการกระทำที่เชื่อถือว่ามีการเลิกสัญญาเกิดขึ้น	254
6.2 ข้อเสนอแนะ	255
6.2.1 ข้อเสนอแนะในการใช้และตีความกฎหมายเรื่องการเลิกสัญญาโดย ปริยาย	255
6.2.2 ข้อเสนอแนะในการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์	256

(13)

บรรณานุกรม 257

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 9 ตุลาคม
พุทธศักราช 2468 263

ประวัติผู้เขียน 270



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและสภาพปัญหา

การเลิกสัญญาตามระบบกฎหมายไทยได้รับการบัญญัติไว้ในบรรพ 2 หมวดที่ 4 ว่าด้วยการเลิกสัญญา (Rescission of Contract) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹ ตั้งแต่มาตรา 386 ถึง 394 โดยมาตรา 386² วางหลักให้คู่สัญญามีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ตามข้อตกลงหรือบทบัญญัติกฎหมาย

สำหรับการเลิกสัญญาโดยข้อตกลงย่อมเป็นไปตามที่คู่สัญญาจะได้ตกลงกันตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา เช่น กรณีที่คู่สัญญาได้กำหนดข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่งไว้ซึ่งถ้าหากได้เกิดขึ้นจะทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถบอกเลิกสัญญาหรือเป็นกรณีที่คู่สัญญาตกลงว่าถ้าฝ่ายใดทำผิดข้อตกลงข้อใดข้อหนึ่งให้อีกฝ่ายมีสิทธิบอกเลิกสัญญา เป็นต้น อย่างไรก็ตามการใช้สิทธิเลิกสัญญาย่อมเป็นอำนาจตัดสินใจโดยอิสระของคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิเลิกสัญญา และสิทธิเลิกสัญญาไม่จำเป็นต้องถูกกำหนดไว้ในสัญญาเดิมก็ได้โดยคู่สัญญาอาจจะตกลงกันใหม่ภายหลังในเงื่อนไขที่ทำให้มีสิทธิเลิกสัญญาก็ได้³ ส่วนการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติกฎหมายอาจแบ่งแยกได้สองกรณี ได้แก่ การเลิกสัญญาตามบทบัญญัติกฎหมายทั่วไปในหมวดว่าด้วยการเลิกสัญญา ซึ่งคู่สัญญาอาจเลิกสัญญาได้เมื่อเข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด เช่น เมื่อคู่สัญญาไม่ชำระหนี้และอีกฝ่ายได้บอกกล่าวกำหนดเวลาพอสมควรแล้ว และคู่สัญญาไม่ชำระหนี้ตามกำหนดเวลาที่เป็นสาระสำคัญ รวมทั้งการ

¹ มาตราที่ปรากฏในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หากที่ใดอ้างถึงเฉพาะเลขมาตราให้ถือว่าเป็นมาตราในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 386 บัญญัติว่า

“ถ้าคู่ความฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญาหรือโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย การเลิกสัญญาเช่นนั้นย่อมทำได้ด้วยแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง

การแสดงเจตนาดังกล่าวมาในวรรคก่อนนั้น ท่านว่าหาอาจจะถอนได้ไม่”

³ จิต เศรษฐบุตร์, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์ (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556) น. 288-289.

ชำระหนี้กลายเป็นพันธียเพราะความผิดของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง⁴ เป็นต้น และการเลิกสัญญาตาม บทบัญญัติกฎหมายเฉพาะที่ให้สิทธิคู่สัญญาเลิกสัญญาได้เมื่อเข้าเงื่อนไขตามที่กำหนดในแต่ละลักษณะ ของเอกเทศสัญญา เช่น มาตรา 567⁵ เป็นต้น นอกจากนี้การเลิกสัญญาสามารถเกิดขึ้นได้จากกรณีที่ คู่สัญญาสมัครใจเข้าทำข้อตกลงเพื่อเลิกสัญญา (Termination Agreement) โดยอาศัยนิติกรรม สัญญาเป็นเครื่องมือในการระงับนิติสัมพันธ์ตามสัญญาเดิมอีกด้วย ทั้งนี้การเลิกสัญญาดังกล่าวที่ คู่สัญญาต่างสมัครใจเข้าทำข้อตกลงเลิกสัญญานั้นไม่มีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจน แต่ก็ เป็นที่ยอมรับในทางวิชาการว่าเป็นวิธีการเลิกสัญญาทางหนึ่งที่สามารถเกิดขึ้นได้

สำหรับวิธีการแสดงเจตนาย่อมเป็นไปตามหลักอิสระในทางแพ่ง (party autonomy) ซึ่งผู้แสดงเจตนาสามารถที่จะเลือกวิธีการแสดงเจตนาใดก็ได้ตามความประสงค์ของตน และการแสดง เจตนาโดยปริยายก็เป็นวิธีการหนึ่งที่ผู้ทำนิติกรรมสามารถเลือกได้ สำหรับการแสดงเจตนาโดยปริยาย หมายถึงการแสดงเจตนาด้วยการกระทำซึ่งตามลักษณะของการกระทำนั้นไม่ชัดเจนว่าผู้กระทำมุ่ง หมายถึงการแสดงเจตนาเพื่อทำนิติกรรม จึงจำเป็นต้องอาศัยการสันนิษฐานจากการกระทำหรือ พฤติการณ์แวดล้อมอื่นๆ อีกด้วยว่าสามารถสันนิษฐานได้ว่าการกระทำนั้นเป็นการแสดงเจตนาได้ หรือไม่⁶ และภายใต้หลักเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนา (freedom of contract) สิ่งที่เอกชนมีประสงค์ ที่จะให้เกิดขึ้นข้อผูกพันระหว่างกัน กฎหมายต้องยอมรับบังคับให้ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อส่วนได้เสียของ มหาชนทั่วไปอันซึ่งเป็นไปตามขอบเขตที่กฎหมายกำหนด เจตนาของเอกชนจึงเปรียบเสมือนไม้เท้า กายสิทธิ์ที่ชี้ต้นตอชี้ปลายเป็น จะต้องการก่อให้เกิดสิทธิ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ โดยประการใดนั้นกฎหมายต้องรับบังคับบัญชาให้ตามเจตนา และถือว่าการแสดงเจตนาใดเมื่อทำโดย

⁴ เพิ่งอ้าง, น. 289.

⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 568 บัญญัติว่า

“ถ้าทรัพย์สินซึ่งให้เช่าสูญหายไปแต่เพียงบางส่วนและมีได้เป็นเพราะความผิดของผู้เช่า ท่านว่าผู้เช่าจะเรียกให้ลดค่าเช่าลงตามส่วนที่สูญหายก็ได้

ในกรณีเช่นนี้ ถ้าผู้เช่าไม่สามารถใช้สอยทรัพย์สินส่วนที่ยังคงอยู่นั้นสำเร็จประโยชน์ดังที่ ได้มุ่งหมายเข้าทำสัญญาเช่าไว้ ท่านว่าผู้เช่าจะบอกเลิกสัญญาเสียก็ได้”

⁶ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560) น. 148-150.

ถูกต้องตามกฎหมายแล้วถือเป็นกฎหมายอยู่ในตัว⁷ อนึ่ง คำว่า “ปริยาย” มีความหมายว่า อย่าง, ทาง, หนทางหรือการกล่าวอ้อมค้อม, นัยทางอ้อม หรือการสอน, การเล่าเรื่องอ้อม มีความหมายตรงข้ามกับ คำว่า นิปริยาย ที่มีความหมายว่า อย่างตรง เป็นถ้อยคำที่ถูกใช้ในบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หลายมาตราและปรากฏกระจายอยู่ทั่วไปในประมวลกฎหมายฯ เช่น มาตรา 196/14 (5) อายุความสะดุดหยุดลงเมื่อลูกหนี้ได้กระทำการอย่างใดๆ อันปราศจากข้อสงสัยให้เห็นเป็นปริยายว่ารับสภาพหนี้ มาตรา 573 ถ้าตามพฤติการณ์ไม่อาจคาดหมายได้ว่างานจะพึงทำให้เปล่าย่อมถือเอา โดยปริยายว่ามีคำมั่นจะให้สินจ้างในสัญญาจ้างทำของ, มาตรา 658 ถ้าโดยพฤติการณ์พึงคาดหมายได้ ว่าเขารับฝากทรัพย์ก็เพื่อจะได้รับบำเหน็จค่าฝากทรัพย์เท่านั้น ให้ถือว่าเป็นคู่สัญญาได้ตกลงกันโดย ปริยายว่ามีบำเหน็จเช่นนั้นในสัญญาฝากทรัพย์, มาตรา 797 วรรคสอง อันความเป็นตัวแทนเป็นโดยการตั้งแต่งแสดงออกชัดหรือโดยปริยายก็ได้, มาตรา 1719 ผู้จัดการมรดกมีสิทธิและหน้าที่ที่จะทำการ อันจำเป็นเพื่อให้การเป็นไปตามคำสั่งแจ้งชัดหรือโดยปริยายแห่งพินัยกรรม และเพื่อจัดการมรดก โดยทั่วไปหรือเพื่อแบ่งปันทรัพย์มรดก ฯลฯ เป็นต้น นอกจากนี้คำว่าปริยายถูกนำไปใช้เป็นส่วนหนึ่งของคำวินิจฉัยคดีของศาลฎีกาเพื่อตีความพฤติการณ์ของคู่กรณีที่เกิดขึ้นภายหลังเข้าทำสัญญาและ นำมาเป็นหลักในการวินิจฉัยเพื่อให้เกิดผลเป็นการระงับสิ้นความผูกพันตามสัญญาอีกด้วย เช่น การใช้ สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยปริยาย หรือกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาไม่ประสงค์ปฏิบัติตามสัญญา ต่อไป อีกฝ่ายก็ไม่ว่าอะไรและต่อมาได้มีการกระทำที่เข้าลักษณะการแสดงเจตนาสนองรับการเลิก สัญญา⁸ ซึ่งเป็นปัญหาสำคัญที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะได้ศึกษาต่อไป

ดังนั้นเมื่อสัญญาฉบับหนึ่งได้ถูกก่อตั้งขึ้นโดยชอบและมีสถานะหนักแน่นเช่นนั้น การเลิก สัญญาโดยปริยายจะมีโอกาสเกิดขึ้นได้หรือไม่เพียงใด เป็นปัญหาสำคัญซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะได้

⁷ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), พิมพ์ครั้งที่ 4 ปรับปรุงแก้ไขโดย มุนินทร์ พงศาปาน (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561) น. 8-9.

⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 814/2490 วินิจฉัยว่า ตามสัญญาจะซื้อจะขายที่ดิน เมื่อจะจดทะเบียนโอนพนักงานที่ดินขัดข้องบางประการ ผู้จะซื้อเลยงดไม่ชำระราคาต่อไปตามงวดที่ตกลงกันได้ เช่นนี้เป็นกรณีที่ผู้ซื้อแสดงเจตนาไม่ประสงค์ปฏิบัติตามสัญญาต่อไป ผู้จะขายก็ไม่ว่าอะไรในเวลาอันควร ทั้งสี่เดือนต่อมาผู้จะขายยังโอนที่ดินหลุดแก่ผู้รับจ้างเองเสียอีก ดังนี้ ถือได้ว่าเป็นการที่ผู้จะขายแสดงเจตนาสนองรับการเลิกสัญญาจะซื้อจะขายกันแล้ว; อ้างถึงใน เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถ ที่ 7, น. 13.

ศึกษาทำความเข้าใจ และเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการทำความเข้าใจปัญหาหลักของวิทยานิพนธ์เล่มนี้ผู้เขียนขอแบ่งแยกประเด็นในการศึกษาออก ดังต่อไปนี้

1) ปัญหาเกี่ยวกับวิธีการในการแสดงเจตนาทำคำเสนอและคำสนองโดยปริยายเพื่อก่อให้เกิดเป็นข้อตกลงเล็กสัญญา สำหรับคำเสนอเป็นที่ยอมรับกันในทางวิชาการว่าต้องมีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่จะทำให้เกิดเป็นสัญญาทันทีหากผู้รับคำเสนอตอบรับกลับมา⁹ จนมีนักวิชาการบางท่านเห็นว่าคำเสนอนั้นต้องทำขึ้นโดยชัดแจ้งเท่านั้น¹⁰ อย่างไรก็ตามศาลฎีกาเคยมีคำวินิจฉัยที่แสดงว่าคำเสนออาจทำโดยปริยายได้¹¹ อีกทั้งศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยต่อไปว่าการที่ผู้จะซื้อไม่ชำระราคาที่ดินตามงวดที่ตกลงเพราะมีเหตุขัดข้องในการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ถือเป็นการแสดงเจตนาไม่ประสงค์ที่จะปฏิบัติตามสัญญาต่อไป และการที่ผู้จะขายปล่อยที่ดินหลุดมือไปสู่ผู้รับจ้างถือเป็นการแสดงเจตนาสนองรับการเลิกสัญญาจะซื้อจะขายที่ดิน¹² ซึ่งอาจทำให้เข้าใจคลาดเคลื่อนได้ว่าการแสดงเจตนาทำคำเสนอขอเลิกสัญญาอาจทำได้โดยปริยาย ด้วยเหตุนี้จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาเพื่อหาข้อสรุปให้แน่ชัดต่อไปว่าคำเสนอขอเลิกสัญญาต้องแสดงออกโดยชัดแจ้งเท่านั้นหรือไม่ และคำเสนอขอเลิกสัญญาที่กระทำโดยปริยายถือเป็นข้อยกเว้นหลักการแสดงเจตนาทำคำเสนอทั่วไปซึ่งไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือไม่

ตัวอย่างที่หนึ่ง นาย ก. ผู้ซื้อแจ้งให้ นาย ข. ผู้ขายทราบว่า นาย ก. จะไม่ชำระราคาสินค้าสัญญาและจะไม่รับมอบสินค้าอีกด้วย การกระทำดังกล่าวของ นาย ก. ถือได้ว่าเป็นการทำคำเสนอขอเลิกสัญญาโดยปริยายได้หรือไม่ และนาย ข. มีสิทธิดำเนินการอย่างไรแก่ นาย ก.

ส่วนกรณีคำสนองโดยปริยายนั้นมาตรา 361 วรรคสอง¹³ บัญญัติถึงบทสันนิษฐานการกระทำที่อาจถือว่าเป็นคำสนองโดยปริยายซึ่งมีลักษณะที่คำสนองไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวคำสนอง

⁹ ศนันท์กรณ โสติพันธ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น. 320.

¹⁰ โปรตดู Planiol, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, T.1 no. 971; อ้างถึงใน จิต เศรษฐบุตร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 201, และดู ศนันท์กรณ โสติพันธ์, *เพ็งอ้าว*.

¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1013/2498 วินิจฉัยว่า “การที่บริษัทจำเลยได้รับสัมปทานตั้งโรงไฟฟ้านั้น ถือได้ว่าได้ทำคำเสนอต่อบุคคลทั่วไปว่าจะรับบริการต่อประชาชนภายในเขตสัมปทานแล้ว เมื่อมีผู้ขอใช้ไฟฟ้าตามสัมปทานก็ถือได้ว่าได้สนองรับคำเสนอของจำเลยก่อให้เกิดนิติกรรมสัญญาผูกพันกันขึ้นระหว่างผู้ขอกับบริษัทจำเลยแล้ว”, อ้างถึงใน จิต เศรษฐบุตร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 202.

¹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 814/2490, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 8*.

¹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 361 วรรคสอง บัญญัติว่า

กลับไปยังผู้ทำคำเสนอหากพิจารณาได้ว่าผู้ทำคำเสนอไม่เจตนาว่าไม่ต้องการบอกกล่าวหรือมีปกติประเพณีว่าไม่จำเป็นต้องมีคำบอกกล่าวสนองเช่นนั้น ด้วยเหตุนี้คำสนองจึงสามารถทำขึ้นได้โดยปริยายได้ อย่างไรก็ตามคงมีประเด็นที่ต้องศึกษาต่อไปว่าคำสนองโดยปริยายที่ตอบรับคำขอเลิกสัญญานั้นมีความเป็นไปได้หรือไม่อย่างไร

สำหรับการนิ่งโดยทั่วไปนั้นย่อมไม่ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาเนื่องจากการไม่มีการแสดงออกใดๆ ให้เป็นที่เข้าใจได้ว่าบุคคลนั้นมีความประสงค์ต่อสิ่งใด แต่ทั้งนี้พฤติการณ์ที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาที่มีลักษณะไม่เอาใจใส่หรือไม่นำพาต่อการปฏิบัติตามสัญญานั้นจะมีปัญหาว่าจะก่อให้เกิดผลเป็นการเลิกสัญญาโดยปริยายได้หรือไม่ ดังนั้นจึงมีประเด็นที่ต้องศึกษาต่อไปว่าการนิ่งในสถานการณ์เฉพาะอย่างใดอย่างหนึ่งจะก่อให้เกิดผลเป็นการแสดงเจตนาได้หรือไม่อย่างไร

2) ปัญหาที่ว่าข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายจะสามารถเกิดขึ้นจากพฤติการณ์ของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้หรือไม่ ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจไม่เป็นไปตามหลักการเกิดสัญญาทั่วไปที่ต้องการมีการโต้ตอบคำเสนอขอเลิกสัญญาและคำสนองที่ถูกต้องตรงกัน เนื่องจากโดยสภาพของการเลิกสัญญาโดยปริยายอาจไม่สอดคล้องกับหลักการเกิดสัญญาที่เริ่มต้นด้วยคำเสนอขอเลิกสัญญาและอีกฝ่ายมีคำสนองรับ และหลายครั้งพบว่าเป็นการยากที่บ่งชี้ว่าการกระทำอย่างไรถือเป็นคำเสนอขอเลิกสัญญาหรืออย่างไรถือเป็นคำสนองอีกด้วย ด้วยเหตุนี้จึงเกิดเป็นประเด็นที่ต้องศึกษาว่าการเลิกสัญญาโดยปริยายอาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำที่เฉพาะเจาะจงอันหนึ่งอันใดของคู่สัญญาหรือไม่

ตัวอย่างเช่น นาย ก. ทำสัญญาเช่าตึกแถวกับ นาย ข. โดยนาย ก. ตกลงที่จะให้เงินช่วยก่อสร้างจำนวนหนึ่งเพื่อประโยชน์ในการที่ดินจะได้รับสิทธิการเช่าจากนาย ข. ต่อมานาย ข. ไม่อยากที่จะให้นาย ก. เช่าตามสัญญาจึงได้ติดต่อขอยกเลิกสัญญาและขอคืนเงินช่วยค่าก่อสร้างโดยส่งจ่ายเช็คให้ตามจำนวนที่เคยได้รับให้แก่ นาย ก. ซึ่งตอนแรก นาย ก. มีความลี้เลที่จะรับเงินคืนแต่ภายหลังก็ได้ตัดสินใจนำเช็คจำนวนดังกล่าวไปขึ้นเงินกับธนาคาร เป็นต้น พฤติการณ์ระหว่างนาย ก. และ ข. ถือเป็นการเลิกสัญญาโดยปริยายได้หรือไม่ อย่างไร

ตัวอย่างที่สอง นาย ก. ตกลงซื้อที่ดินจากนาย ข. โดยวางมัดจำไว้เป็นเงินจำนวนหนึ่ง และตกลงจะไปโอนกรรมสิทธิ์และชำระราคาส่วนที่เหลือในภายหลัง ต่อมานาย ก. มีความจำเป็นเร่งด่วนต้องไปทำงานต่างจังหวัด จึงได้ย้ายภูมิลำเนาไปโดยมิได้บอกกล่าวแก่นาย ข. และภายหลังนาย ก. เกิดล้มป่วยด้วยโรคร้ายแรงและเสียชีวิตในที่สุด ต่อมานาย ค. บุตรของนาย ก. พบว่าบิดาได้

“ถ้าตามเจตนาอันผู้เสนอได้แสดง หรือตามปกติประเพณีไม่จำเป็นจะต้องมีคำบอกกล่าวสนองไซ้ ท่านว่าสัญญานั้นเกิดเป็นสัญญาขึ้นในเวลาเมื่อมีการอันใดอันหนึ่งขึ้น อันจะพึงสันนิษฐานได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาสนองรับ”

ซื้อที่ดินจากนาย ข. หลังจากทีระยะเวลาล่วงเลยมากกว่า 6 ปี พฤติการณ์ที่เกิดขึ้นระหว่างนาย ก. และ ข. จะถือได้ว่าเป็นการเลิกสัญญาโดยปริยายได้หรือไม่

นอกจากนี้หากสัญญาที่จะถูกเลิกโดยปริยายเป็นสัญญาที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจสูง การเลิกสัญญาโดยปริยายจะสามารถเกิดขึ้นได้หรือไม่ เนื่องจากศาสตราจารย์ ดร. จิต เศรษฐบุตร เห็นว่า สัญญาที่มีมูลค่าสูงซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะได้ทำความตกลงเกี่ยวกับรายละเอียดของสัญญาด้วยความระมัดระวังและต้องมีการเจรจาอภิปรายเพื่อทำความเข้าใจข้อตกลงแต่ละข้อและสอบถามซึ่งกันและกันจนได้ข้อสรุปที่ทุกฝ่ายเข้าใจตรงกันดีแล้ว เมื่อนั้นถือว่าคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันและเกิดเป็นสัญญาขึ้น โดยเรียกสัญญาประเภทนี้ว่า “สัญญาที่ต้องเจรจาอภิปราย”¹⁴ ด้วยเหตุนี้ทำให้เกิดประเด็นปัญหาว่าการเลิกสัญญาที่มีมูลค่าสูงมีความจำเป็นที่คู่สัญญาต้องตกลงเจรจาให้มีความเข้าใจครบถ้วนในรายละเอียดเรื่องผลของการเลิกสัญญาหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือถ้าคู่กรณีมิได้ตกลงเลิกสัญญากันอย่างชัดเจนการเลิกสัญญาโดยปริยายจะเกิดขึ้นได้หรือไม่

ตัวอย่างเช่น บริษัท ก. ต้องการตึกอาคารสูง 20 ชั้น ซึ่งมีค่าก่อสร้างมากกว่า 500 ล้านบาท และบริษัท ข. ได้รับการคัดเลือกให้ดำเนินการก่อสร้างตึกดังกล่าว ต่อมาระหว่างการก่อสร้างตึกได้เพียงชั้นที่ห้า บริษัท ข. พบว่าตนเองไม่มีศักยภาพเพียงพอที่จะก่อสร้างให้แล้วเสร็จได้จึงติดต่อขอยกเลิกสัญญากับบริษัท ก. และขอคืนเงินค่าก่อสร้างที่ตนได้รับมาแล้วทั้งหมด โดยจะชำระเงินเป็นเช็คแก่บริษัท ก. และยุติการก่อสร้างทั้งหมด ด้วยเหตุนี้ทำให้บริษัท ก. ได้นำเช็คไปขึ้นเงินและว่าจ้างบริษัท ค. เข้าดำเนินการก่อสร้างต่อไป เป็นต้น พฤติการณ์ที่เกิดขึ้นระหว่างบริษัททั้งสองจะถือเป็น การเลิกสัญญาโดยปริยายได้หรือไม่ และบริษัท ข. จะดำเนินการอย่างไรต่อบริษัท ก. ได้บ้าง

3) ประเด็นเกี่ยวกับผลการเลิกสัญญาโดยปริยาย ซึ่งตามการเลิกสัญญาโดยปริยายย่อมไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดผลแห่งการเลิกสัญญาโดยปริยายเอาไว้อย่างชัดเจน ดังนั้นจะสามารถนำผลของการเลิกสัญญาในกรณีทั่วไปตามมาตรา 391 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งกำหนดให้คู่กรณีหน้าที่ต้องทำให้อีกฝ่ายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมมาปรับใช้ได้หรือไม่

ตัวอย่างที่หนึ่ง เช่น นาย ก. ตกลงซื้อรถยนต์จาก นาย ข. โดยตกลงที่จะผ่อนชำระค่ารถยนต์เป็นงวดๆ อีกทั้งมีเงื่อนไขว่าจะให้รถยนต์ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของ นาย ก. ต่อเมื่อนาย ก. ชำระราคาจนครบถ้วน ต่อมานาย ก. ไม่ชำระค่างวดตามที่ตกลงกันไว้ นาย ก. และ ข. จึงตกลงเลิกสัญญาโดยสมัครใจโดยนาย ก. ส่งมอบรถยนต์คืนในวันดังกล่าว ผลของการเลิกสัญญาทำให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ต้องทำให้อีกฝ่ายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมไปในเวลาเข้าทำสัญญา นาย ก. จึงมีหน้าที่ต้องส่ง

¹⁴ จิต เศรษฐบุตร, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 3, น. 217.

มอบรถยนต์คืนให้แก่ นาย ข. และชดใช้ค่าใช้สอยรถยนต์เป็นตัวเงิน ส่วน นาย ข. ต้องคืนเงินที่ตนได้รับจาก นาย ก. พร้อมด้วยดอกเบี้ยตามกฎหมาย เป็นต้น

นอกจากนี้เมื่อคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของสัญญาประเภทที่ก่อนนี้ให้ต้องชำระต่อเนื่องเป็นระยะๆ เช่น สัญญาเช่า และสัญญาจ้างแรงงาน เป็นต้น การนำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 391 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีผลย้อนหลัง (ex nunc effect) มาปรับใช้แก่กรณีการเลิกสัญญาโดยปริยายในสัญญาที่มีลักษณะต่อเนื่องเหล่านั้นจะมีความเหมาะสมหรือไม่ ถือเป็นประเด็นที่จะทำการศึกษาวิเคราะห์ต่อไป

ตัวอย่างที่สอง นาย ก. ผู้เช่าทำสัญญาเช่าบ้านจาก นาย ข. ผู้ให้เช่า ต่อมาในระหว่างที่กำหนดเวลาสัญญาตามสัญญาไม่สุดสิ้น นาย ก. มีหนังสือถึงนาย ข. ว่าจะไม่เช่าบ้านต่อไปและจะนำช่างเข้าปรับปรุงซ่อมแซมบ้านที่เช่าให้เรียบร้อยตามเดิม นาย ข. มิได้คัดค้านการขอเลิกสัญญาของนาย ก. อีกทั้ง นาย ข. แจ้งต่อนาย ก. ว่าการซ่อมแซมยังไม่เรียบร้อย ต่อมาทั้งสองได้เจรจาทกลงกันว่า การซ่อมแซมที่ยังไม่เรียบร้อยดังกล่าวให้ นาย ก. ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ นาย ข. เป็นเงินจำนวนหนึ่ง หากถือว่าการดังกล่าวเป็นการเลิกสัญญาโดยปริยายเกิดขึ้นแล้วและนำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมเข้าปรับใช้แก่การเลิกสัญญาโดยปริยายในกรณีสัญญาต่อเนื่องดังกล่าวอาจทำให้ต้องรื้อฟื้นหนี้ที่ได้ชำระเสร็จสิ้นแล้วขึ้นมาใหม่ทั้งหมด โดยนาย ก. ต้องส่งมอบบ้านเช่าคืนให้แก่ นาย ข. และต้องเตรียมเงินอีกจำนวนหนึ่งเพื่อชดใช้ค่าใช้สอยทรัพย์สินดังกล่าว ส่วนนาย ข. ต้องคืนเงินค่าเช่าที่ได้รับจากนาย ก. ทั้งหมด พร้อมด้วยดอกเบี้ยอีกด้วยซึ่งก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อนาย ข. ที่ต้องรับผิดชอบภาระดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นนั้นๆ โดยไม่จำเป็น

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงลักษณะทางกฎหมายของการเลิกสัญญาโดยปริยาย
2. เพื่อศึกษาแนวทางการสันนิษฐานว่าพฤติการณ์ของคู่สัญญาที่อาจนำไปสู่การเลิกสัญญาโดยปริยาย
3. เพื่อศึกษาให้เห็นขอบเขตการเลิกสัญญาโดยปริยายเพื่อมิให้ขยายเจตนาคู่กรณีออกไปมากจนเกิดการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงในนิติฐานะตามสัญญาที่เอกชนได้กระทำขึ้น

1.3 ขอบเขตการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาทำความเข้าใจปัญหาสำคัญที่ว่าระบบกฎหมายไทยยอมรับให้มีการเลิกสัญญาโดยปริยายได้หรือไม่ โดยมุ่งศึกษาการเลิกสัญญาโดยปริยายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เงื่อนไขและลักษณะของการเลิกสัญญาโดยปริยาย เวลาในที่เกิดการเลิกสัญญาโดยปริยาย รวมทั้งผลของการเลิกสัญญาโดยปริยาย

สำหรับเนื้อหาในส่วนผลแห่งการเลิกสัญญาโดยปริยานั้น เนื่องจากเคยได้มีผู้ศึกษาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผลของการเลิกสัญญาต่างตอบแทน ผู้เขียนจึงจำกัดขอบเขตของการศึกษาแต่เฉพาะกรณีผลของการเลิกสัญญาโดยปริยายเท่านั้น โดยจะไม่ศึกษาเรื่องผลของการเลิกสัญญาที่เกิดขึ้นโดยทั่วไป

1.4 แนวคิดและสมมติฐานของปัญหา

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดเรื่องของการเลิกสัญญาโดยปริยายเอาไว้โดยตรง ทั้งนี้มีแนวคำพิพากษาของฎีกาจำนวนหนึ่งที่บ่งชี้ได้ว่าระบบกฎหมายไทยอาจยอมรับให้มีการเลิกสัญญาโดยปริยาย

1.5 วิธีการศึกษา

วิธีการศึกษาจะใช้วิธีการค้นคว้ารวบรวมข้อมูลในลักษณะงานวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยจะทำการค้นคว้าจากตำรา บทความทางกฎหมายทั้งภาษาไทย ภาษาต่างประเทศ เอกสารประกอบการสอน วิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง ความคิดเห็นของนักกฎหมายที่อยู่ในรูปบทความ แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาไทย รวมทั้งข้อมูลเอกสารทางกฎหมายที่อยู่ในรูปของสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ทั้งนี้เพื่อนำข้อมูลที่ได้จากการศึกษามาวิเคราะห์และเปรียบเทียบให้ได้ผลสรุปทางกฎหมายในเรื่องของการเลิกสัญญาโดยปริยาย

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

ผู้เขียนคาดว่าจะก่อให้เกิดประโยชน์ในทางวิชาการนิติศาสตร์ ดังนี้

1. ทำให้เกิดความเข้าใจถึงเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยายที่ชัดเจนยิ่งขึ้น

2. ทำให้เกิดความเข้าใจถึงแนวทางการสันนิษฐานพฤติการณ์ของคู่กรณีที่ทำให้เกิดการเลิกสัญญาสัญญาโดยปริยายมากยิ่งขึ้น

3. ทำให้กำหนดขอบเขตของการเลิกสัญญาโดยปริยายได้อย่างเหมาะสมและเป็นหลักประกันมิให้เกิดการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงในนิติฐานะของคู่กรณีตามสัญญาจนเกินสมควร

1.7 การทบทวนวรรณกรรม

การศึกษาค้นคว้าเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยายได้มีการอ้างอิงเอกสารที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

1. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต เรื่อง “กระบวนการเกิดสัญญา” คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2552 โดย นายกรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง
2. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต เรื่อง “ผลของการเลิกสัญญาต่างตอบแทน” คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2540 โดย นายจุฑพล หวังสู่วัฒนา
3. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต เรื่อง “วัตถุประสงค์ของนิติกรรม” คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2531 โดย นายวีรวัฒน์ จันทโชติ
4. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต เรื่อง “ปัญหากฎหมายในการต่อสัญญาโดยอัตโนมัติ” คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2551 โดย นางสาวกรณัฏกมล ประเสริฐศักดิ์

บทที่ 2

หลักกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญา ในระบบกฎหมายไทย

2.1 ความนำ

ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันว่าระบบกฎหมายไทยถูกจัดทำขึ้นตามธรรมเนียมของระบบกฎหมายภาคพื้นทวีปหรือซีวิลลอว์ ด้วยเหตุนี้การศึกษาและทำความเข้าใจพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของหลักกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญาในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ โดยเริ่มตั้งแต่การเลิกสัญญาในกฎหมายโรมัน การเลิกสัญญาในกฎหมายฝรั่งเศส และการเลิกสัญญาในกฎหมายเยอรมัน และกระบวนการรับเอาหลักกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญาเข้าสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาจก่อให้เกิดประโยชน์แก่การทำความเข้าใจหลักกฎหมายในเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยายไม่มากนัก

2.2 พัฒนาการของหลักกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญาในระบบซีวิลลอว์

ระบบซีวิลลอว์ (Civil Law System) เป็นระบบกฎหมายที่สืบสายจากกฎหมายของพลเมืองโรมัน (ius civile) ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชนโรมันที่มุ่งใช้บังคับเฉพาะชาวโรมัน (civiles) เท่านั้น ส่วนคนชาติอื่นต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายนานาชาติ (ius gentium)¹ กฎหมายของพลเมืองโรมัน คาดว่าก่อตัวขึ้นสมัยราชาธิปไตย (Monarchy) โดยมีต้นกำเนิดจากศีลธรรมของคนส่วนใหญ่ (mores maiorum) ที่นับถือปฏิบัติตามเป็นเวลานานจนเป็นกฎหมายประเพณี (consuetudo) และเนื่องด้วยกฎหมายประเพณีของชนชาติใดย่อมเป็นของชนชาตินั้น เมื่อกฎหมายประเพณีอันหนึ่งถูกถือปฏิบัติโดยคนโรมัน กฎหมายประเพณีนั้นจึงถูกเรียกขานว่ากฎหมายของพลเมืองโรมัน² ตลอดเวลานับแต่กรุงโรมก่อตั้งขึ้นตามประวัติศาสตร์ที่ถือกันตามจารีตเมื่อปี 753 ก่อนคริสต์ศักราช กฎหมายโรมันรุ่งเรืองถึงขีดสุดและเสื่อมถอยตามกาลโดยที่มีช่วงชีวิตที่สำคัญสองช่วง ช่วงชีวิตแรกเริ่มตั้งแต่สมัยกรุง

¹ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 18 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553) น. 6.

² ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559) น. 20.

โรมเป็นนครรัฐ (Roman State) ตั้งอยู่บริเวณที่ราบลาติอุม (Latium) มีระบบการปกครองแบบราชาธิปไตย กระทั่งมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองไปเป็นสาธารณรัฐโรมัน (Roman Republic) และกลายเป็นจักรวรรดิโรมันอันยิ่งใหญ่ (Roman Empire) กระทั่งสิ้นสุดลงเมื่อสิ้นรัชสมัยของจักรพรรดิจัสติเนียน (Justinian) ในปีคริสต์ศักราช 565 ระหว่างรัชสมัยของจักรพรรดิจัสติเนียนได้มีความประสงค์ที่จะรื้อฟื้นความยิ่งใหญ่ของจักรวรรดิโรมันขึ้นอีกครั้ง ตลอดระยะเวลาที่จักรพรรดิจัสติเนียนได้ขึ้นครองราชย์นั้นจักรวรรดิโรมันตะวันออกมีศูนย์กลางอยู่ที่กรุงคอนสแตนติโนเปิล (Constantinople) ส่วนจักรวรรดิโรมันตะวันตกไม่มีอยู่แล้วเนื่องจากถูกรุกรานจากอนารยชนหลายครั้งจนล่มสลายลงตั้งแต่ปีคริสต์ศักราช 476 ด้วยเหตุนี้จักรพรรดิจัสติเนียนมีความพยายามฟื้นฟูความยิ่งใหญ่แก่จักรวรรดิโรมันอีกครั้ง และการรื้อฟื้นผลงานทางสติปัญญาที่สำคัญประการหนึ่งของโรมันก็คือกฎหมายโรมัน กฎหมายของจักรวรรดิโรมันประกอบด้วยหลายประเภท ทั้งกฎหมายเก่าประกอบด้วยรัฐบัญญัติและพระราชบัญญัติ (leges) ตั้งแต่สมัยประชาธิปไตยจนถึงช่วงต้นของสมัยจักรวรรดิ รวมทั้งมติของวุฒิสภา (senatusconsulta) และข้อเขียนของนักนิติศาสตร์ยุคคลาสสิกจำนวนมากซึ่งบางครั้งหาอ่านได้ยากและหลายครั้งขัดแย้งกัน และกฎหมายใหม่ (ius novum) ประกอบด้วยพระราชบัญญัติ (constitutiones) ที่จักรพรรดิหลายพระองค์ตราขึ้นเป็นจำนวนมาก³ และด้วยสถานภาพของจักรพรรดิที่มีความสำคัญสูงสุดจนมีสุภาษิตโรมันที่ว่า “*quod principi placuit legis habet vigorem*” หมายถึงสิ่งที่จักรพรรดิทำขึ้นย่อมมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติ และพระราชบัญญัติจึงมีหลายรูปแบบ อาทิ พระราชโองการ (edicta) ซึ่งเป็นนโยบายที่จักรพรรดิใช้บริหารจักรวรรดิโรมันและพระราชบัญชา (mandata) ซึ่งเป็นคำสั่งทางบริหารที่มีต่อผู้ว่าราชการแคว้น สำหรับพระราชบัญญัติด้านกฎหมายเอกชนได้แก่ พระราชกฤษฎีกา (decreta) เป็นคำพิพากษาของจักรพรรดิที่มีพระราชวินิจฉัยคดีและเป็นการตรากฎหมายขึ้นในตัวเอง พระราชหัตเลขา (rescripta) เป็นเรื่องที่จักรพรรดิพระราชทานตอบปัญหาหรือฎีกาซึ่งบุคคลนำขึ้นถวายและถือเป็นการกำหนดแนวคำพิพากษาของศาลเป็นคดีที่มีข้อเท็จจริงตรงตามที่เคยฎีกาและแม้จะมีได้เป็นการตัดสินคดีเนื่องจากมิได้มีการไต่สวนข้อเท็จจริงก็ตาม⁴ พระราชหัตเลขาก่อให้เกิดปัญหาเป็นพิเศษเนื่องจากการตอบปัญหาเฉพาะเรื่องทำให้มักไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไปแต่กลับมีผลบังคับเป็นกฎหมายอีกทั้งไม่มีบันทึกไว้อย่างเป็นระบบทำให้ต้องประสบปัญหาในการศึกษาและเข้าถึงกฎหมายดังกล่าว⁵ ผลงานการสะสมกฎหมายได้กลายเป็นประมวลกฎหมายเอกชนโรมัน (Corpus

³ ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 4 (โครงการตำราฯ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555) น. 51-52.

⁴ เพ็งอ้าง, น. 32-34.

⁵ เพ็งอ้าง, น. 52.

Juris Civilis) ของจักรพรรดิจัสติเนียนซึ่งประกอบด้วยสามภาคได้แก่ ภาคแรก (Codex) เป็นประมวลพระราชบัญญัติของจักรพรรดิทั้งหลาย (constitutiones) ภาคที่สอง (Institutiones) มีที่มาจากตำรากฎหมายเบื้องต้นของ *Gaius* นักนิติศาสตร์ยุคทอง และภาคที่สามเป็นบทคัดย่อ (Digest) เป็นการสรุปความเห็นและข้อวิจารณ์กฎหมายของนักนิติศาสตร์ยุคทองที่มีชื่อเสียงเป็นจำนวนทั้งสิ้น 50 เล่ม⁶ ซึ่งกว่า 1 ใน 3 มีที่มาจากข้อเขียนของ *Ulpianus* ส่วนที่เหลือมาจาก *Paul* และ *Papinian* และบุคคลอื่น⁷ การชำระสะสางกฎหมายของจักรพรรดิจัสติเนียนถือเป็นสะพานเชื่อมต่อระหว่างกฎหมายโรมันยุคทอง (classical period) กับจักรวรรดิโรมันตะวันออกได้เป็นอย่างดี และประวัติศาสตร์กฎหมายโรมันในช่วงชีวิตแรกมียุ่อย่างต่อเนื่องจนกระทั่งกรุงคอนสแตนติโนเปิลถูกชาวเติร์ก (Turks) เข้ายึดครองราวปีคริสต์ศักราช 1453 และเหตุการณ์ครั้งนั้นทำให้กฎหมายโรมันแทบถูกลืมเลือนไปสิ้นและถือเป็นการปิดฉากช่วงชีวิตแรกของกฎหมายโรมัน

ช่วงชีวิตที่สองของกฎหมายโรมันเริ่มต้นอีกครั้งเมื่อมีการรื้อฟื้นการศึกษากฎหมายโรมันในยุคฟื้นฟูศิลปวิทยาการ (Renaissance) และความตื่นตัวในการศึกษากฎหมายโรมันกลับมีได้เกิดขึ้นในดินแดนที่อดีตเคยเป็นของจักรวรรดิโรมันตะวันออกแต่กลับเกิดขึ้นในบริเวณที่อดีตเคยเป็นจักรวรรดิโรมันตะวันตกเมื่อมีการค้นพบชิ้นส่วนของบทคัดย่อ (Digest) อันเป็นส่วนสำคัญที่สุดในประมวลกฎหมายเอกชนของจักรพรรดิจัสติเนียนในตอนปลายของคริสต์ศตวรรษที่ 11⁸ และขั้นแรกของการรื้อฟื้นกฎหมายโรมันจำกัดอยู่ในวงวิชาการเท่านั้นโดยมีศูนย์กลางที่เมืองโบโลญญา (Bologna) ตอนเหนือของอิตาลี โดยช่วงแรกของการศึกษากฎหมายโรมันบรรดาผู้ศึกษากฎหมายโรมันได้ใช้วิธีการขยายความโดยละเอียดให้แก่ประมวลกฎหมายเอกชนของจักรพรรดิจัสติเนียน การขยายความกระทำโดยเขียนข้อความแทรกระหว่างบรรทัดหรือเขียนไว้ที่ขอบกระดาษโดยมุ่งหมายที่จะอธิบายความหมายเพิ่มเติม หรือขจัดความขัดแย้ง หรือเชื่อมโยงความสัมพันธ์ สิ่งที่เขียนสอดแทรกขึ้นนั้นถูกเรียกว่าคำอธิบาย (gloss) และเหล่าผู้ศึกษากฎหมายโรมันตามแนวทางเหล่านั้นถูกเรียกว่าผู้ อรรถาธิบาย (glossators) ต่อมาการศึกษากฎหมายโรมันเริ่มถูกให้ความสนใจในลักษณะการบังคับใช้ในภาคปฏิบัติและทางการศาลเพื่อนำไปใช้แก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในยุคสมัยมากขึ้น ด้วยเหตุดังกล่าววิธีการอธิบายหรือขยายความจึงไม่เพียงพออีกต่อไปและก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์กฎหมายโรมันอย่างเป็นระบบและกว้างขวางกว่าเดิมไม่ว่าจะเป็นวิธีการตีความทั้งแบบเคร่งครัดและใจกว้าง และวิธีการแยกแยะเพื่อปรับใช้กฎหมายตามความจำเป็นเฉพาะกรณี วิธีการศึกษาเช่นนี้ทำให้สามารถนำกฎหมายยุคโบราณไปใช้กับสภาพสังคมสมัยยุคกลางได้เป็นอย่างดี และกลุ่มบุคคลเหล่านี้ได้ถูก

⁶ เฟ็งอ้าง, น. 44.

⁷ เฟ็งอ้าง, น. 57

⁸ เฟ็งอ้าง, น. 65.

เรียกว่าเป็นผู้วิพากษ์วิจารณ์ (commentators) หรือผู้อธิบายปัจฉิมภาค (post-glossators) ทั้งนี้กฎหมายที่เกิดจากการวิพากษ์วิจารณ์ดังกล่าวเป็นกฎหมายโรมันมือสามเนื่องจากการศึกษากฎหมายโรมันที่ให้ความสำคัญต่อคำอธิบาย (gloss) มากกว่าต้นฉบับกฎหมายของจักรพรรดิจัสติเนียน⁹ และในช่วงสุดท้ายความตื่นตัวในการศึกษากฎหมายโรมันแพร่กระจายไปหลายพื้นที่จนอาจกล่าวได้ว่าทั่วยุโรปมีระบบกฎหมายร่วมกัน (ius commune) และที่สำคัญของกฎหมายโรมันทั้งสองช่วงชีวิตดังกล่าวมิได้ครอบคลุมไปถึงกฎหมายมหาชนแต่มุ่งสู่กฎหมายเอกชนเท่านั้น¹⁰

ช่วงกลางคริสต์ศตวรรษที่ 18 การรับเอากฎหมายโรมันเกิดขึ้นอย่างแพร่หลายผ่านกระบวนการจัดทำประมวลกฎหมายสมัยใหม่ซึ่งประมวลกฎหมายที่หลายรัฐได้ประกาศใช้มีความเข้มข้นของกฎหมายโรมันมากน้อยต่างกัน ดังนั้นในช่วงเวลาดังกล่าวกฎหมายโรมันจึงมิได้เป็นแหล่งที่มาโดยตรงของกฎหมายอีกต่อไปแต่คงเหลืออยู่ในฐานะที่เป็นรากฐานแห่งประมวลกฎหมายเท่านั้น และในช่วงเวลาที่แนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) ได้รับความนิยมซึ่งมุ่งปฏิเสธความเชื่อที่ว่ากฎหมายโรมันถูกต้องโดยไม่ตั้งข้อสงสัยใดๆ แต่ทั้งนี้หลักกฎหมายธรรมชาติเชื่อว่ากฎหมายโรมันมีหลักว่าด้วยกฎหมายนานาชาติ (ius gentium) และกฎหมายธรรมชาติ (ius naturale) ซึ่งหลายอย่างสามารถยอมรับได้เนื่องจากเป็นแหล่งรวมเหตุผลของมนุษย์และเกิดการส่งเสริมให้จัดสิ่งที่ไร้เหตุผลออกไปจากกฎหมาย ด้วยเหตุนี้อุดมการณ์ที่มุ่งจะสร้างชุดหลักนิติศาสตร์ที่มีความสอดคล้องต้องกันในเชิงเหตุผลย่อมนำไปสู่การจัดทำประมวลที่เป็นลายลักษณ์อักษร สำหรับประมวลกฎหมายที่สำคัญในช่วงเวลาดังกล่าวย่อมได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่ง (Civil Code) ของประเทศฝรั่งเศสที่จัดทำขึ้นในปีค.ศ. 1804 โดยการผลักดันของของพระเจ้านโปเลียน (Napoleon Bonaparte) และการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสถือเป็นเหตุการณ์สำคัญที่สุดครั้งหนึ่งในประวัติศาสตร์กฎหมาย เนื่องจากจุดแข็งที่มีความชัดเจนและตรงไปตรงมาของบทบัญญัติจนทำให้หลายประเทศได้นำไปใช้หรือเป็นต้นแบบจนแพร่หลายที่สุดฉบับหนึ่ง¹¹ เช่น อิตาลี รัฐหลุยเซียนาของสหรัฐอเมริกา รัฐควิเบกประเทศแคนาดา เป็นต้น อย่างไรก็ตามประเทศเยอรมนีได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Bürgerliches Gesetzbuch) เมื่อปีค.ศ. 1900 แม้ว่าจะช้ากว่าฝรั่งเศสเกือบหนึ่งร้อยปีแต่ความล่าช้านั้นสืบเนื่องจากอิทธิพลของสำนักประวัติศาสตร์กฎหมาย (Historical School of Law) โดยกลุ่มผู้ศึกษากฎหมายตามแนวทางสำนักประวัติศาสตร์กฎหมายได้เรียกตนเองว่าเป็นผู้ศึกษาบทคัดย่อของจัสติเนียน (Pandectist) คำว่า ‘pandects’ ย่อมาจากหนังสือที่รวมทุกสิ่งไว้ซึ่งมีนัยความหมายถึงบทคัดย่อ (Digest) จำนวน 50 เล่มของประมวลกฎหมายเอกชนโรมัน

⁹ เฟิ่งอ้วง, น. 65-67

¹⁰ เฟิ่งอ้วง, น. 17.

¹¹ เฟิ่งอ้วง, น. 78-79.

ของจักรพรรดิจัสติเนียน กล่าวคือสำนักประวัติศาสตร์กฎหมายมุ่งศึกษากฎหมายโรมันให้ละเอียดลึกซึ้งยิ่งกว่าที่นักนิติศาสตร์ยุคกลางและสำนักกฎหมายธรรมชาติเคยได้ทำ และผลงานจากการนำประมวลกฎหมายของจักรพรรดิจัสติเนียนมาศึกษาใหม่อีกครั้งทำให้ประมวลกฎหมายเยอรมันมีระบบระเบียบและมีความละเอียดลึกซึ้ง¹²

2.2.1 พัฒนาการของการเลิกสัญญาในกฎหมายโรมัน

เมื่อพิจารณาในทางประวัติศาสตร์เห็นได้ว่าการใช้สิทธิของเจ้าหนี้ในการบอกเลิกสัญญากรณีที่ลูกหนี้มีความผิด (right of the creditor to rescind the contract) มีความขัดแย้งกับกฎเหล็กของกฎหมายโรมัน (contrary to an “iron rule” of Roman law)¹³ และเนื่องจากหลักทั่วไปเกี่ยวกับการใช้สิทธิเลิกสัญญาทั่วไปในกรณีที่คู่สัญญาผิดสัญญานั้นไม่เคยเป็นที่รับรู้ในกฎหมายโรมัน (general right of rescission in case of breach of contract was never recognized in Roman law)¹⁴ เหตุที่เป็นเช่นนั้นเนื่องจากกฎหมายสัญญาโรมันมิได้เริ่มต้นจากหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยสัญญาแต่เริ่มจากการพัฒนาของเอกเทศสัญญาโรมันเฉพาะเรื่องที่มีมาตั้งแต่ก่อนการประกาศใช้กฎหมายสิบสองโต๊ะหรือแผ่น (The Twelve Tables) ด้วยเหตุนี้ชาวโรมันจึงไม่มีข้อความคิดทางสัญญาที่เป็นข้อตกลงระหว่างบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายซึ่งก่อให้เกิดหนี้ส่วนบุคคลมากกว่าในทางทรัพย์สินแต่ผูกพันกับแนวคิดรูปแบบนิยม (formalismo) ที่เคร่งครัดและการกระทำของบุคคลที่มุ่งผลในทางกฎหมายจำเป็นต้องกระทำตามรูปแบบหรือวิธีการที่กฎหมายโรมันยอมรับเพื่อให้มีผลตามกฎหมาย¹⁵

2.2.1.1 พัฒนาการของระบบกฎหมายสัญญาและเอกเทศสัญญาโรมัน

คำว่า ‘obligare’ เป็นคำกริยาละตินหมายถึง ‘ผูก, ยึด, รัด, พัน’ และมีความหมายตรงกับคำว่า ‘to bind’ ซึ่งเป็นคำกริยาภาษาอังกฤษ สำหรับคำว่า ‘obligatio’ มีความหมายรวมถึงทั้งสิทธิและหน้าที่ของทั้งสองฝ่ายภายใต้ความสัมพันธ์ตามกฎหมาย และอาจกล่าวได้ว่า ‘obligation’ คือความผูกพันตามกฎหมาย (bond of law) ดังที่สมัยจักรพรรดิจัสติเนียนมีคำกล่าวที่ว่า ‘obligatio est iuris vinculum’ หมายถึงหนี้คือความผูกพันตามกฎหมายอันซึ่งทำให้พวกเราหนีหน้าที่ต้องชำระหนี้บางอย่างตามกฎหมายแห่งประเทศของเรา (the obligation is a legal tie

¹² เฟิงอ๋าง, น. 79-80.

¹³ Fritz Schulz, *Classical Roman Law*, (Oxford: Clarendon, 1951) p. 532, อ้างถึงใน Reinhard Zimmermann, *infra note 14*, pp. 716, 800-801.

¹⁴ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations Roman Foundation of the Civilian Tradition*, (Capetown: Juta & Co, 1992) p. 801.

¹⁵ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 171.

that binds us to render a performance to another person according to our laws) และเมื่อพิจารณาจากกฎหมายโรมันมีคำกริยาละตินที่ว่า ‘*contrahere*’ ซึ่งเป็นรากศัพท์โบราณของคำว่า สัญญาในปัจจุบันหมายถึง ‘ทำให้เกิดขึ้น, ยอมรับผล, ทำให้มีผลแก่ตนเอง’ (*effect, to perpetrate, to bring oneself*) คำว่า *contrahere* จึงมิได้จำกัดหมายความว่า ‘เข้าทำสัญญา’ (to make a contract) เท่านั้นและอาจใช้กับการทำความสัมพันธ์อย่างใดก็ได้ สำหรับคำว่า ‘*contractu*’ ถูกใช้โดยนักกฎหมายโรมันตอนปลายของยุคสาธารณรัฐและนิยมใช้เพื่อเชื่อมโยงกับคำอื่นๆ ในทำนองเดียวกับการใช้ *contrahere* เช่น *contractu emptionis* หมายถึง การทำให้เกิดขึ้นซึ่งสัญญาซื้อขาย (contract of purchase and sale) รวมทั้งนำไปใช้กับเอกเทศสัญญาโรมันอื่นๆ ที่แตกต่างกันจนท้ายที่สุดคำว่า ‘*contractus*’ ได้เกิดความหมายในตัวเองดังที่นักกฎหมายทั้งหลายเข้าใจตรงกันว่า ‘*contract*’ อันเป็นข้อตกลงที่จัดทำโดยคู่สัญญาอันมีความมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดหนี้ขึ้นระหว่างกัน¹⁶

ช่วงต้นของพัฒนาการสัญญาโรมันนั้นการมีเจตนาของบุคคลอย่างเดียวน่าจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายและการกระทำที่เกิดผลในทางกฎหมายได้ต้องเป็นไปตามกฎหมายพลเมืองโรมัน (*ius civile*) และกฎหมายโรมันสมัยโบราณจัดแบ่งการกระทำที่เกิดความผูกพันตามกฎหมายได้สามประเภทตามลักษณะการกระทำซึ่งได้แก่ แบบที่ต้องใช้ตราชั่ง (*gesta per aes et libram*) เช่น การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินประเภทปัจจัยสี่ด้วยตาชั่ง (*mancipatio*) และแบบที่เกิดในศาล (*in iure cession*) ซึ่งมีลักษณะเป็นการสร้างฟ้องร้อง และแบบที่เกิดจากการเปล่งวาจา (*stipulatio*) เป็นรูปแบบคำถามตอบด้วยการเปล่งวาจาอย่างต่อเนื่องเป็นวาระเดียว เช่น ฝ่ายหนึ่งถามว่า “คุณให้คำมั่นว่าจะให้ (ทรัพย์สิน) แก่ฉันใช่หรือไม่” (*spondesne*) และอีกฝ่ายตอบว่า “ฉันให้คำมั่น” (*spondeo*)¹⁷ ซึ่งในปัจจุบันอาจเรียกรูปแบบความสัมพันธ์ในลักษณะนี้ว่า “สัญญาฝ่ายเดียว” และคล้ายคำมั่นในระบบกฎหมายไทยแต่คำมั่นตามกฎหมายไทยเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวเท่านั้น แต่สัญญาที่เกิดจากการเปล่งวาจาของโรมันมีลักษณะของการโต้ตอบสองฝ่าย¹⁸ และด้วยความเคร่งครัดของวิธีการถามตอบทำให้คาดว่ากล่าวคำผิดพลาดเล็กน้อยมีผลร้ายแรงถึงขนาดทำให้ไม่มีหนี้เกิดขึ้นเลย¹⁹

¹⁶ Alain A. Levasseur, *Comparative law of Contracts: cases and material* (Durham: Carolina Academic Press, 2008) pp. 3-5.

¹⁷ ศนันท์กรณ โสติพันธ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 184.

¹⁸ เพ็ญอ้าว, น. 184-185, และดู ศนันท์กรณ โสติพันธ์, *คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ พร้อมคำอธิบายในส่วนของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 และกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง*, พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน) 2556, น. 418.

¹⁹ ประชุม โฉมฉาย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 161.

ช่วงเวลาต่อมากฎหมายโรมันได้พัฒนาเอกเทศสัญญาโรมันหลายรูปแบบที่มีลักษณะเฉพาะตามหน้าที่ (function) และวัตถุประสงค์ (purpose) ที่แตกต่างกันออกไปของสัญญาแต่ละชนิด²⁰ โดยตำรากฎหมายเบื้องต้น (Institutiones) ของ *Gaius* ได้แบ่งประเภทของหนี้ที่เกิดจากสัญญา (obligationes ex contractu) เป็นสี่ประเภทได้แก่ หนี้ที่เกิดจากสัญญาที่ต้องส่งมอบทรัพย์สิน (obligationes ex re) หนี้ที่เกิดจากสัญญาที่ต้องเปล่งวาจา (obligationes verbris contractae) หนี้ที่เกิดจากสัญญาที่ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร (obligationes litteris contractae) และหนี้ที่เกิดจากสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม (obligationes consensu contractae) เป็นต้น ทั้งนี้ผู้เห็นว่าการแบ่งแยกเช่นว่านั้นเป็นการจัดลำดับก่อนหลังที่เป็นไปตามการออกประกาศนโยบาย (edicta) ของไพรตอร์ (praetor) และคูรูลิสอายติลิส (curule aediles) ในทางประวัติศาสตร์เท่านั้น²¹ ซึ่งสมัยจักรพรรดิเฮนเดรียน (Hedrian) ได้มอบหมายให้ยูเลียอานุส (Julianus) นักนิติศาสตร์คนสำคัญ สละและรวบรวมประกาศนโยบายที่สำคัญ (Edictum Perpetuum) เพื่อประกาศใช้ให้เป็นเอกภาพภายหลัง²² และเหตุที่หลักกฎหมายสัญญาโรมันเริ่มต้นจากเอกเทศสัญญาไปสู่หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยสัญญาเช่นปัจจุบันนั้น คาดว่ามีสาเหตุจากความไม่เหมาะสมหรือการด้วยประสิทธิภาพของเป็นสัญญาปากเปล่า (stipulatio) ที่เคร่งครัดในสมัยโรมันยุคโบราณที่ไม่อาจตอบสนองความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมโรมันในช่วงหลังได้ แต่ลักษณะเด่นของเอกเทศสัญญาโรมันหลากหลายชนิดนั้นทำให้โครงสร้างพื้นฐานของสัญญาโรมันได้พัฒนาขึ้นโดยไม่จำเป็นต้องอาศัยแหล่งอ้างอิงใดและดำรงอยู่ได้อย่างเป็นเอกเทศไม่ว่าสังคมแบบใด²³

จุดเริ่มต้นของเอกเทศสัญญาโรมันเริ่มจากสัญญาประเภทที่ต้องเปล่งวาจา (verbis) โดยสัญญาปากเปล่าของโรมันหรือ ‘stipulatio’ คาดว่ามีต้นกำเนิดจากคำสัตย์สาบาน (oath) หรือการเช่นสรวยต่อเทพเจ้า (libation) และมีการนำมาใช้ตั้งแต่ก่อนยุคกฎหมายสิบสองโต๊ะ อันเป็นเครื่องบ่งชี้ว่ากลุ่มโรมันยอมรับการทำข้อตกลงปากเปล่าของเอกชนและยอมให้ใช้เท่าที่จำเป็นตามสภาพเศรษฐกิจและสังคมในเวลานั้น ความเคร่งครัดเรื่องรูปแบบของสัญญาปากเปล่าโรมันทำให้การบังคับตามเนื้อหาของสัญญาย่อมถูกวินิจฉัยเฉพาะแต่ถ้อยคำที่ให้ไว้เท่านั้นและมีผลบังคับโดยไม่คำนึงว่าถ้อยคำที่ได้ให้จะเกิดขึ้นโดยถูกกล้อฉลหรือข่มขู่ หรือเกิดจากความสำคัญผิด ในทางกลับกัน

²⁰ Alan Watson, “The Evolution of Law: The Roman System of Contract,” *Law and History Review*, Vol. 2, No. 1, p.4 (Spring, 1984)

²¹ Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, (London: Oxford University Press, 1962) p.165, อ้างถึงใน ประชุม โฉมฉาย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.161

²² ประชุม โฉมฉาย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 16

²³ Alan Watson, *supra note 20*, p. 2.

หากการทำข้อตกลงปากเปล่ามิได้ปฏิบัติตามรูปแบบที่เคร่งครัดย่อมไม่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ตามสัญญาใดๆ และคู่กรณีที่เกี่ยวข้องย่อมไม่มีทางโต้แย้งได้อีกด้วย²⁴

สัญญาประเภทที่ต้องส่งมอบทรัพย์สิน (re) ถือเป็นสัญญาที่มีลักษณะผูกติดอยู่กับทรัพย์สิน เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้รับทรัพย์สินของหรือเงินตราจากอีกฝ่ายไปฝ่ายที่รับย่อมต้องคืนทรัพย์สินนั้นให้แก่อีกฝ่ายเนื่องจากการได้รับทรัพย์สินย่อมก่อให้เกิดหนี้ ปัจจุบันอาจเรียกความผูกพันลักษณะนั้นว่าหนี้ทรัพย์สิน (real debt)²⁵ และสัญญาที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินถือเป็นสัญญาฝ่ายเดียว (unilateral contract)²⁶ สัญญาใช้สินเปลืองโรมัน (loan for consumption) หรือ ‘*muntuum*’ เป็นสัญญาที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เก่าแก่ที่สุดของโรมัน เมื่อพิจารณาสภาพสังคมของต้นยุคสังคมเกษตรกรรมโรมันเข้าใจว่าการหยิบยืมเมล็ดพันธุ์พืชต้องส่งคืนเมื่อเก็บเกี่ยวสิ้นสุดโดยไม่จำเป็นต้องจัดทำข้อตกลงที่ชัดเจนและมีความไม่เหมาะสมในทางศีลธรรมที่เพื่อนจะขอให้เพื่อนทำข้อตกลงหยิบยืมทรัพย์สินที่เป็นทางการในเวลาที่ยังมีความสัมพันธ์ที่ดีต่อกัน เว้นแต่การกู้ยืมทางพาณิชย์ที่ต้องทำข้อตกลงที่เป็นทางการเพื่อให้ชัดเจนถึงเรื่องค่าตอบแทนและดอกเบี้ย สัญญาใช้สินเปลืองโรมันตามปกติจึงไม่จำเป็นต้องทำข้อตกลงด้วยรูปแบบที่เคร่งครัด และการฟ้องคดีตามสัญญาใช้สินเปลืองโรมันบังคับได้เฉพาะต้นเงินเท่านั้นเนื่องจากเพื่อนย่อมไม่หวังผลประโยชน์กับเพื่อน²⁷ แนวคิดเรื่องความไม่เหมาะสมในทางศีลธรรมของโรมันนั้นปรากฏให้เห็นร่องรอยได้จากเรื่องการพ้นวิสัยในทางศีลธรรม (moral impossibility) ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1348²⁸ ที่

²⁴ *Ibid.*, p. 4.

²⁵ ประชุม โฉมฉาย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น. 160

²⁶ *เพ็งอ้าง*, น. 163.

²⁷ Alan Watson, *supra note 20*, pp. 5-6

²⁸ **French Civil Code Article 1348**

“The above rules are also subject to exceptions where the obligation arises from a quasi-contract, an intentional or unintentional wrong, or where one of the parties either did not have the material or moral possibility to procure a written proof of a legal transaction, or has lost the instrument which served him as written proof in consequence of a fortuitous event or of force majeure.

They are also subject to exceptions where a party or a depositary has not kept the original instrument and presents a copy which is a reproduction that is not only faithful but also enduring. Is deemed enduring an indelible reproduction of the original which involves a non-reversible alteration of the medium.”

คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอยู่ในฐานะไม่อาจขอให้อีกฝ่ายจัดทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรได้เนื่องจากคู่สัญญามีความสัมพันธ์พิเศษบางประการ เช่น การเป็นมารดา หรือภริยาลับ (mistress) หรือแพทย์ผู้ทำการรักษา (physician)²⁹

สัญญาที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินอีกชนิดหนึ่งได้แก่ สัญญาฝากทรัพย์สินโรมันหรือ ‘*deposit*’ ซึ่งมีความเก่าแก่ตั้งแต่สมัยกฎหมายสิบสองโต๊ะ เห็นได้จากข้อเขียนของ Paul นักนิติศาสตร์โรมันในกฎหมายสิบสองโต๊ะความว่า “การฟ้องคดีตาม *deposit* นั้น กฎหมายสิบสองโต๊ะยอมบังคับให้เป็นสองเท่า (*double*) หรือตามประกาศนโยบายของไพรตอร์ (*praetor's edict*) ยอมบังคับให้หนึ่งเท่า (*single*)” เมื่อพิจารณาถ้อยคำดังกล่าวเห็นได้ว่าการฟ้องคดีตามสัญญาฝากทรัพย์สินโรมันมีลักษณะคล้ายคำขอให้ลงโทษจำเลยและใกล้เคียงกับแนวคิดทางละเมิดมากกว่าเรื่องสัญญา อีกทั้งการฟ้องคดีดังกล่าวจำกัดเฉพาะผู้ฝากเรียกคืนทรัพย์สินที่ตนได้ฝากไว้ (*deposited*) เท่านั้น โดยไม่รวมถึงการเรียกเอาทรัพย์สินที่มีเหตุจากการให้เช่า (*hire*) หรือให้ยืมใช้สอย (*lent for use*) และถ้าผู้รับฝากโยกย้ายทรัพย์สินที่ฝากไว้ผู้ฝากย่อมสามารถใช้รูปแบบฟ้องคดี ‘*action sacramento in rem*’ เป็นกรณีแรกที่เจ้าของใช้ฟ้องเรียกทรัพย์สินของตนคืนจากโจร (*theft*) ซึ่งเป็นการเรียกคืนทรัพย์สินอาศัยเหตุละเมิดอีกด้วย และสัญญาฝากทรัพย์สินโรมันจึงไม่จำเป็นต้องจัดทำข้อตกลงอย่างเป็นทางการเนื่องจากการฝากทรัพย์สินนั้นแตกต่างไปจากการเช่าหรือยืมเนื่องจากทรัพย์สินที่ฝากต้องถูกเก็บอยู่นอวงจรรการหมุนเวียนเปลี่ยนมือ (*out of circulation*) ซึ่งไม่ว่าผู้รับฝากหรือบุคคลใดก็ไม่อาจใช้สอยทรัพย์สินที่ฝากได้เพราะลักษณะของการฝากทรัพย์สินมิได้มุ่งเอื้อประโยชน์แก่ผู้รับฝากในทางกลับกันเป็นเรื่องที่เอื้อประโยชน์แก่ผู้ฝากทรัพย์สินเพียงฝ่ายเดียว ด้วยเหตุนี้ผู้ฝากจึงมิได้อยู่ในสถานะที่จะเรียกร้องให้ผู้รับฝากทำสัญญาปากเปล่าที่เป็นทางการเพื่อประโยชน์ในการเรียกทรัพย์สินคืนภายหลังได้ อีกทั้งยอมแทบไม่อาจเป็นไปได้ที่ผู้ฝากทรัพย์สินจะตอบแทนความผิดของผู้รับฝากด้วยการเรียกให้ผู้รับฝากประกาศตนว่าเขานั้นมีหนี้ต้องคืนทรัพย์สินแก่ผู้ฝาก และเมื่อพิจารณาเหตุของการฝากทรัพย์สินคาดว่าจะมักเกิดจากผู้ฝากทรัพย์สินตกอยู่ในที่สถานะยากลำบากจนไม่อาจดูแลทรัพย์สินตนเองได้ เช่น แผ่นดินไหว ไฟไหม้ หรือเกิดความเสียหายในตัวอาคารสถานที่หรือเรือ กฎหมายจึงให้ความคุ้มครองต่อผู้ฝากทรัพย์สินซึ่งคาดว่าจะมีสถานะที่ง่ายต่อการถูกเอาเปรียบ³⁰ สำหรับ ‘*commodatum*’ เป็นสัญญายืมใช้คงรูปตามกฎหมายโรมันที่มีพัฒนาการราวศตวรรษที่หนึ่งก่อนคริสต์ศักราช คาดว่ามีฐานจากแนวคิดเรื่องมิตรภาพของชาวโรมันที่เพื่อนให้เพื่อนยืมใช้สอยทรัพย์สินหรือสิ่งของโดยไม่มีค่าตอบแทนและไม่จำเป็นต้องขอให้ผู้ยืมกล่าวถ้อยคำอย่างเป็นทางการเกี่ยวกับการคืนทรัพย์สิน และเมื่อพิจารณาจากพื้นฐานของสัญญาจะเห็นว่ามีความคล้ายคลึงกับสัญญาฝากทรัพย์สินโรมัน (*deposit*) แต่มีการปรับแต่งสิทธิหน้าที่ของคู่กรณีฝ่ายที่รับ

²⁹ Alan Watson, *supra* note 20, p. 6.

³⁰ *Ibid.*, p. 7.

มอบทรัพย์สินแต่เพียงเล็กน้อยเท่านั้น กล่าวคือให้ผู้ยืมมีสิทธิใช้สอยทรัพย์สินได้³¹ ลำดับต่อมาได้แก่ ‘*pignus*’ เป็นสัญญาที่มีลักษณะส่งมอบทรัพย์สินเป็นหลักประกัน (pledge) ซึ่งในอดีตการส่งมอบทรัพย์สินให้เป็นหลักประกันไม่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางสัญญา (contractual action) และไม่มีปรากฏว่าการกระทำเช่นนั้นนำไปสู่รูปแบบการฟ้องคดีอันหนึ่งอันใดตามกฎหมายเอกชนโรมัน ต่อมา ไพรเตอร์ (praetor) ได้เปิดโอกาสให้บุคคล ที่มีความสัมพันธ์เช่นนั้นสามารถนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาได้ด้วยประกาศนโยบาย (edict) ของตน³² ซึ่งประกาศนโยบายของขุนนางผู้บริหารยุติธรรมเป็นที่รับรู้ทั่วไปว่ามีความสำคัญยิ่งกว่ากฎหมายเอกชนโรมัน (ius civiles) แม้จะมีได้มีฐานะเป็นกฎหมายก็ตาม เนื่องจากไพรเตอร์ไม่มีอำนาจในการร่างกฎหมายแต่มีผลทำให้กฎหมายเอกชนโรมันที่ไพรเตอร์เห็นว่าไม่เหมาะสมนั้นบังคับใช้ไม่ได้เป็นการชั่วคราวจนกว่าจะมีการแก้ไขยกเลิกประกาศนโยบาย สำหรับประกาศนโยบายเรื่องดังกล่าววางหลักว่าหากลูกหนี้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้โดยมุ่งหมายให้เป็นหลักประกัน (a pledge) สืบเนื่องจากการมีหนี้เงินที่ติดค้าง และต่อมาลูกหนี้ชำระเงินคืนแก่เจ้าหนี้แล้วหรือเจ้าหนี้ได้รับชำระเป็นอย่างอื่นจนสมควรแล้วหรือการชำระหนี้ไม่อาจกระทำเพราะความผิดของเจ้าหนี้ ลูกหนี้มีสิทธิใช้รูปแบบการฟ้องคดีที่เรียกว่า ‘*iudicium contrarium*’ เพื่อบังคับให้เจ้าหนี้คืนหลักประกันได้³³

สัญญาประเภทที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมหรือสัญญาต่างตอบแทน (consensus) เป็นสัญญาที่เกิดขึ้นจากการเข้าตกลงกันของคู่กรณีและไม่จำเป็นต้องมีพิธีการที่ยุ่งยากในขั้นตอนการจัดทำสัญญา และจัดอยู่ในประเภทสัญญาสองฝ่าย (bilateral contract) และมีความแตกต่างจากสัญญาที่ต้องเปล่งวาจา (verbis) และสัญญาที่ต้องส่งมอบทรัพย์สิน (re) ข้างต้น นอกจากนี้สัญญาสองฝ่ายมีความสำคัญเนื่องจากการนำหลักสุจริต (bona fides) เข้ามาปรับใช้แก่พื้นฐานความสัมพันธ์ของคู่สัญญาอีกด้วย³⁴ สัญญาต่างตอบแทนตามกฎหมายโรมันประกอบด้วยเอกเทศสัญญาทั้งหมดสี่ประเภท และพัฒนาการแรกสุดของสัญญาต่างตอบแทนทั้งหลายคาดว่าจะมีที่มาจาก ‘*emptio venditio*’ หรือสัญญาซื้อขายตามกฎหมายโรมันซึ่งเริ่มนำมาใช้ตั้งแต่มานาน 200 ปีก่อนคริสต์ศักราช คาดว่าความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของกรุงโรมและการค้าขายกับชาวต่างชาติผลักดันให้เกิดแนวคิดข้อตกลงการค้าที่นำไปใช้ได้แม้คู่กรณีมีถิ่นที่อยู่ห่างกันโดยไม่จำเป็นต้องมาพบปะต่อหน้าและเหมาะสมกับชาวต่างชาติที่ไม่คุ้นเคยกับกฎหมายโรมัน รวมทั้งการเกิดขึ้นของหลักสุจริตในกฎหมายสัญญาที่ใช้บังคับระหว่างชาวโรมันและชาวต่างชาติเนื่องจากการใช้อำนาจของไพรเตอร์ต่างดาว

³¹ *Ibid.*, p. 12.

³² *Ibid.*, p. 12.

³³ *Ibid.*, p. 13.

³⁴ ประชุม โฉมฉาย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.163-164.

(*praetor peregrine*) ที่ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทระหว่างชาวโรมันกับต่างชาติ และที่สำคัญพัฒนาการของสัญญาทั้งหลายล้วนเป็นผลจากความด้อยประสิทธิภาพของสัญญาปากเปล่าโรมัน (*stipulatio*) ที่มีความเคร่งครัดอย่างมาก³⁵ สำหรับพัฒนาการของสัญญาซื้อขายโรมันคาดว่าสัมพันธ์กับสัญญาปากเปล่าและปัญหาความชำรุดบกพร่องในทรัพย์สินที่ซื้อขายซึ่งในอดีตสัญญาซื้อขายมิได้มีหลักเรื่องการรับประกันสิทธิ (*warranty of title*) หรือประกันการรอนสิทธิ (*eviction*) อีกทั้งไม่มีแนวคิดเรื่องการรับประกันความชำรุดบกพร่องที่ไม่เห็นประจักษ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขาย (*latent defects*) เมื่อใดที่ผู้ซื้อต้องการให้ผู้ขายรับประกันสินค้าเมื่อนั้นผู้ขายต้องให้ถ้อยคำรับรองที่ยืดเยื้อตามแบบพิธีการในการจัดทำสัญญาปากเปล่าและโอนทรัพย์สินด้วยวิธีการดั้งเดิมที่ใช้ตราขัง (*mancipatio*) ควบคู่กันไปและอาจกล่าวได้ว่าเรื่องการรับประกันสินค้า (*notion of warranty*) เป็นแนวคิดดั้งเดิมที่นักนิติศาสตร์โรมันรู้จักกันดีนานกว่าศตวรรษแล้ว ด้วยเหตุนี้การรับประกันสินค้าจำเป็นต้องพบปะกันต่อหน้า (*face-to-face*) แม้ว่าจะไม่สะดวกและมีค่าใช้จ่ายสูงมากก็ตาม เนื่องจากกฎหมายโรมันในช่วงเวลานั้นไม่ยอมรับการจัดทำข้อตกลงด้วยลายลักษณ์อักษรหรือที่ทำโดยผู้ส่งสาร³⁶ และเมื่อพิจารณาการซื้อขายที่ทำด้วยสัญญาปากเปล่าเห็นว่าการทำข้อตกลงให้สมบูรณ์ครบถ้วนตามเจตนาของคู่กรณีทั้งสองจำต้องกล่าวถ้อยคำให้ครบถ้วนตามรูปแบบที่กฎหมายเอกชนโรมันกำหนด เช่น ผู้ซื้อต้องให้ถ้อยคำเรื่องการชำระเงินและกำหนดเวลาชำระรวมทั้งดอกเบี้ยกรณีชำระล่าช้า ส่วนฝ่ายผู้ขายควรให้ถ้อยคำเรื่องการส่งมอบของ กำหนดเวลา รวมถึงค่าชดเชยกรณีส่งมอบล่าช้า อีกทั้งรับรองว่าผู้ซื้อจะไม่ถูกรอนสิทธิใดๆ ในตัวสินค้า และสินค้านั้นจะปราศจากความชำรุดบกพร่องที่ไม่เห็นประจักษ์³⁷ ทั้งนี้สัญญาปากเปล่าของโรมันแต่ละครั้งเกิดขึ้นจากการให้ถ้อยคำฝ่ายเดียวและความไม่สมบูรณ์ของถ้อยคำที่ฝ่ายหนึ่งให้ไว้ย่อมไม่กระทบกระเทือนต่อความสมบูรณ์ของถ้อยคำของอีกฝ่าย เช่น การซื้อขายทาสซึ่งพบว่ามีความชำรุดบกพร่องเล็กน้อยในภายหลัง หากผู้ซื้อคาดหวังที่จะเก็บทาสไว้แล้วขอให้ผู้ขายลดราคาทาสตามส่วน แต่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงผลทางกฎหมายอันเคร่งครัดนั้น เป็นต้นต่อมาไพรตอร์นำหลักสุจริต (*good faith*) เข้ามาปรับใช้แก่เพื่ออุดช่องว่างกรณีที่เกิดปัญหาว่าคำรับประกันที่ทำด้วยสัญญาปากเปล่าอันใดอันหนึ่งไม่สมบูรณ์ และต่อมาได้กลายเป็นหลักทั่วไปว่าด้วยหนี้ต่างตอบแทน (*the obligation reciprocal*)³⁸ และสัญญาต่างตอบแทนชนิดที่สองได้แก่ ‘*locatio conductio*’ เป็นข้อตกลงว่าจ้างบุคคลหรือเช่าใช้สอยทรัพย์สินของบุคคลอื่นโดยตกลงว่าจ่ายเงินตอบแทน (*hire*) โดยที่ต้นกำเนิดของ ‘*locatio conductio*’ ไม่แน่ชัดแต่คาดว่ามีความใกล้ชิดสนิทกับ

³⁵ Alan Watson, *supra* note 20, p. 8.

³⁶ *Ibid.*, p. 9.

³⁷ *Ibid.*, pp. 9-10.

³⁸ *Ibid.*, p. 10.

กรณีการซื้อขาย และเป็นสัญญาโรมันที่ครอบคลุมสัญญาสองฝ่าย (bilateral contract) ในทุกลักษณะยกเว้นการซื้อขายและคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมุ่งผลประโยชน์เป็นตัวเงินเสมอ ‘*locatio conductio*’ จึงเป็นรูปแบบสัญญาที่รวมข้อตกลงอย่างน้อยที่สุดสามลักษณะต่อไปนี้ ลักษณะที่หนึ่งเป็นการยอมให้บุคคลใช้สอยทรัพย์สินภายในกำหนดระยะเวลาหนึ่งโดยแลกเปลี่ยนกับค่าใช้ทรัพย์สิน ลักษณะที่สองเป็นการมอบหมายการทำงานชิ้นหนึ่งแก่บุคคลให้กระทำจนสำเร็จโดยแลกเปลี่ยนกับค่าจ้าง ลักษณะที่สามเป็นการจัดหาแรงงานของบุคคลหนึ่งชั่วระยะเวลาหนึ่งโดยแลกเปลี่ยนกับเงินค่าจ้าง เป็นต้น เห็นได้ว่าหน้าที่ของฝ่ายที่ต้องกระทำเพื่อแลกเปลี่ยนกับตัวเงินมีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ ทั้งนี้มีข้อสังเกตว่ารูปแบบของข้อตกลงคู่ขนานของ *locatio conductio* ซึ่งมีได้มุ่งประโยชน์เป็นตัวเงินอันยอมได้แก่ การมอบอำนาจ (mandate) การฝากทรัพย์สิน (deposit) และการยืมใช้คงรูป (loan for use) เป็นต้น³⁹ และสุดท้ายการมอบอำนาจตามกฎหมายโรมันที่เรียกว่า ‘*mandatum*’ เป็นสัญญาต่างตอบแทนโรมันอีกลักษณะที่คาดว่ามิใช่เมื่อราว 123 ปีก่อนคริสต์ศักราช แต่มีต้นกำเนิดแตกต่างไปจาก ‘*emptio venditio*’ และ ‘*locatio conductio*’ โดยการมอบอำนาจของโรมันเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับการเข้าจัดการงานแก่ผู้อื่นโดยไม่มีค่าตอบแทนและเป็นข้อตกลงระหว่างญาติมิตร และการจัดทำข้อตกลงที่เป็นทางการจึงไม่มีความจำเป็นและสะท้อนแนวคิดของโรมันให้ความสำคัญต่อเรื่องมิตรภาพอย่างมาก⁴⁰

สัญญาประเภทสุดท้ายได้แก่สัญญาประเภทที่ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร (literal contract) คาดว่านำมาใช้ราวต้นศตวรรษที่หนึ่งก่อนคริสต์ศักราชหรือเก่าแก่กว่านั้น ในกฎหมายโรมันยุคคลาสสิกสัญญาดังกล่าวคาดว่าเกิดจากการที่หัวหน้าครอบครัวโรมันได้จดบันทึกลงในสมุดบัญชีของตนว่ามีหนี้สินค้างอยู่และยังมิได้ชดใช้คืน (a debt has been paid when it had not) อันเป็นบันทึก (entry) ที่แสดงว่ามีการกู้ยืมเงินเกิดขึ้นจริงและยังมิได้มีการชดใช้คืนเงินต่อกัน และแม้ว่ากรณีดังกล่าวจะมีได้ถือเป็นสัญญาแต่อาจนับได้ว่าเป็นกระบวนการแปลงหนี้ประเภทหนึ่งไปสู่อีกประเภท จุดเริ่มต้นของสัญญาที่ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรจึงไม่ชัดเจน อีกทั้งจุดเริ่มต้นของการจดบันทึกในสมุดบัญชีข้างต้นก็ไม่แน่ชัดเช่นกัน ซึ่งนี้ดังกล่าวจำเป็นต้องใช้รูปแบบการฟ้องคดีที่เรียกว่า *actio certae pecuniae* และจำเป็นต้องกำหนดจำนวนเงินที่ชัดเจนแน่นอน (fixed amount of money) สัญญาที่ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรเริ่มเป็นที่นิยมอย่างกว้างขวางในราวคริสต์ศักราช 70 และไม่ปรากฏการนำไปใช้ในต้นปลายของโรมันยุคคลาสสิก⁴¹

³⁹ *Ibid.*, p. 11.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 12.

⁴¹ *Ibid.*, p. 15.

กล่าวโดยสรุปแนวคิดเรื่องความตกลงยินยอม (consensualism) ที่ไม่มีรูปแบบเคร่งครัดในการทำสัญญาแต่เดิมนั้นไม่เป็นที่รู้จักในกฎหมายโรมัน แม้ว่าความยินยอม (consent) จะเป็นองค์ประกอบสำคัญของสัญญาทุกประเภทแต่ความยินยอมอย่างเดียวไม่เพียงพอให้เกิดสัญญาได้ แต่องค์ประกอบที่จับต้องได้ (material) หรือในทางกายภาพ (physical) หรือมีแบบพิธีการ (formal) เป็นข้อสำคัญที่ทำให้เกิดสัญญามากกว่าเนื่องจากสะดวกต่อการพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของสัญญา ต่อมาความยินยอมของคู่สัญญาได้ถูกพิจารณาว่าเป็นสาระสำคัญ (essential) และเพียงพอ (sufficient) ในการจัดทำสัญญาบางชนิดเนื่องจากต้องการความสะดวกในเรื่องการคำพาณิชย์ทำให้มียอมรับความสมบูรณ์ของสัญญาที่สร้างขึ้นบนหลักความตกลงยินยอม (consent) และหลักความสุจริต (good faith) ของคู่สัญญา⁴²

2.2.1.2 พัฒนาการของหลักกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญาในกฎหมายโรมัน

ดังที่กล่าวข้างต้นว่าการใช้สิทธิเลิกสัญญาในกรณีที่อีกฝ่ายผิดสัญญาที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป (general right of rescission) ไม่เป็นที่รับรู้ในกฎหมายโรมัน หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ตามที่ตกลงในสัญญาต่างตอบแทน (consensu) ฝ่ายที่ไม่ชำระหนี้ย่อมมีความรับผิดชอบชำระหนี้เมื่ออีกฝ่ายได้ปฏิบัติชำระหนี้ตอบแทนในส่วนของตนแล้วเท่านั้นซึ่งเป็นการปรับใช้กฎหมายทางปฏิบัติที่นำหลักความสุจริต (ex bona fide) เข้ามาปรับใช้เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว⁴³ อย่างไรก็ตามจากการศึกษาพบว่ามีรูปแบบของใช้สิทธิบางประการที่ทำให้สัญญาสิ้นสุดลงและคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิมอย่างน้อยสองประการได้แก่ การใช้สิทธิยกเลิกสัญญาของผู้ขายที่เกิดจากข้อสัญญาที่เรียกว่า '*lex commissoria*' ที่คู่สัญญาเพิ่มเติมเข้าไปในการซื้อขาย และรูปแบบการฟ้องคดีแบบ '*actio rehebitoria*' เพื่อขอเยียวยาความเสียหายกรณีที่เกิดความชำรุดบกพร่องที่ไม่เห็นประจักษ์ (latent defects) ในการซื้อขายทรัพย์สินที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจ ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

(1) Lex Commissoria

เมื่อผู้ซื้อตามสัญญาซื้อขายมิได้ชำระราคาที่ซื้อขาย (the purchase price) ตามระยะเวลาที่ได้ตกลงนั้น ผู้ขายย่อมมีสิทธิใช้รูปแบบการฟ้องคดีที่เรียกว่า '*actio venditi*' เพื่อเรียกให้ผู้ซื้อชำระราคาหรือเรียกค่าเสียหาย แต่ผู้ขายไม่อาจใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้เนื่องจากในช่วงเวลานั้นสิทธิของคู่สัญญาในการยุติผลของสัญญาเพียงฝ่ายเดียว (unilateral right of withdrawal) ในกรณีที่อีกฝ่ายกระทำผิด (mora) หรือผิดสัญญา (breach of contract) นั้นไม่เป็นที่ปรากฏในกฎหมายโรมัน (not exist in Roman Law)⁴⁴

⁴² Alain A. Levasseur, *supra* note 16, p. 8.

⁴³ Reinhard Zimmermann, *supra* note 14, p. 801.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 387-388.

อย่างไรก็ตามคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอาจกำหนดข้อสัญญาเพิ่มเติม (clause) ที่เรียกว่า ‘*lex commissoria*’ ซึ่งมีลักษณะที่ให้ผู้ขายฝ่ายเดียวมีสิทธิยกเลิกการซื้อขายนั้นได้ (right to call off the sale) ถ้าผู้ซื้อไม่ชำระราคาตามระยะเวลาที่กำหนดและผู้ขายไม่ประสงค์ที่จะผูกพันตามสัญญาต่อไป⁴⁵ การใช้สิทธิยกเลิกสัญญาดังกล่าวย่อมให้ประโยชน์แก่ฝ่ายผู้ขายเท่านั้น อีกทั้งก่อให้เกิดผลในลักษณะย้อนหลัง (resolutive effect)⁴⁶ ที่มีผลในทำนองเดียวกับเงื่อนไขบังคับหลัง (resolutive conditions) กล่าวคือหากเงื่อนไขบังคับหลังสำเร็จตามเงื่อนไข (satisfied) ย่อมมีผลทำให้สัญญาสิ้นไป (dissolved) และคู่กรณีย่อมกลับคืนสู่ฐานะเดิม (restitution) ทำให้ผู้ซื้ออาจเรียกคืนเงินค่าสินค้าที่ชำระไปได้และผู้ขายมีสิทธิได้รับคืนสินค้าที่ส่งมอบแล้วแต่กรณี อีกทั้งกรรมสิทธิ์ย่อมกลับคืนสู่เจ้าของเดิมโดยอัตโนมัติเนื่องด้วยเหตุความสำเร็จของเงื่อนไขบังคับหลัง อย่างไรก็ตามก็มีข้อสังเกตว่าเงื่อนไขบังคับหลังย่อมขึ้นอยู่กับเหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอน (uncertain future event) ซึ่งต่างจากเหตุแห่งการยกเลิกสัญญาของ ‘*lex commissoria*’ ที่เกิดจากการไม่ชำระราคาสินค้าของผู้ซื้อเท่านั้น⁴⁷ และอาจกล่าวได้ว่าข้อสัญญา ‘*lex commissoria*’ ถือเป็นรากฐานแห่งพัฒนาการหลักกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญาโดยอาศัยเหตุแห่งความผิด (mora) ของคู่สัญญาอีกฝ่าย และหลักกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญาในลักษณะที่เป็นหลักทั่วไปนั้นเริ่มเป็นที่รับรู้กันในช่วงศตวรรษที่ 19 ของประวัติศาสตร์การศึกษากฎหมาย⁴⁸

(2) *actio rehibitoria*

การใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาและเรียกคืนเงินที่ได้ชำระค่าสินค้า (right to rescind and recover price) เป็นเรื่องปกติธรรมดาในการประวัติศาสตร์การซื้อขายแลกเปลี่ยนของกรุงโรม โดยคุรุลิสอายดิลิส (curulis aedilis) ในฐานะขุนนางผู้ควบคุมตลาด (market magistrate) ได้อนุญาตให้ผู้เสียหายจากการซื้อทรัพย์สินที่ชำรุดบกพร่องสามารถเลือกได้ระหว่างรูปแบบการดำเนินคดีแบบ ‘*actio rehibitoria*’ ที่มุ่งเยียวยาในลักษณะการเลิกสัญญาและกลับคืนสู่ฐานะเดิม (rescission and restitution) และ ‘*actio quanti minoris*’ ซึ่งเป็นลักษณะที่ผู้ขายขอลดราคาสินค้าลงได้ (price reduction) โดยยอมรับสภาพและแบ่งเบาความเสียหาย (acceptance and apportionment)⁴⁹ มาตรการเยียวยาความเสียหายของขุนนางผู้ควบคุมตลาด (aedilitian

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 737-738.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 802.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 738.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 802.

⁴⁹ Richard R. W. Brooks and Alexander Stremitzer, “Remedies On and Off Contract,” *Yale Law Journal*, 120: 690, pp. 694-695 (2011)

remedies) ในกรณีที่สินค้าเกิดความชำรุดบกพร่องในการซื้อขายสินค้ามุ่งปรับใช้แก่การซื้อขายทรัพย์สินที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจในช่วงเวลาดังกล่าวและทรัพย์สินที่มีความสำคัญมากที่สุดประการหนึ่งได้แก่สินค้าประเภททาส (slaves) อย่างไรก็ตามพ่อค้าทาส (mangones) มักเป็นกลุ่มบุคคลที่มีชื่อเสียงไม่สู้ดีนักในเรื่องการขายทาสที่ด้อยคุณภาพ ด้วยเหตุนี้ผู้ซื้อจำเป็นต้องใช้ความระมัดระวังอย่างมากในการซื้อขายทาสและการขอให้ผู้ขายให้ถ้อยคำปากเปล่า (stipulation) เพื่อรับประกันคุณภาพในตัวทาสถือเป็นเรื่องปกติ ด้วยเหตุนี้ทำให้ครูลิสอายดิเลียส (aediles curules) จำเป็นต้องเข้าจัดระเบียบในการซื้อขายให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อยรวมทั้งแก้ปัญหาเยียวยาความเสียหาย (remedies) ด้วยการออกประกาศนโยบายของขุนนางผู้ควบคุมตลาด (aedilitian edict) ซึ่งกำหนดให้ผู้ขายต้องปิดป้าย (board) เพื่อแถลงข้อมูลที่เป็นของทาสแต่ละคนที่จะซื้อขายให้ผู้ซื้อได้ทราบและรวมถึงการระบุถึงโรคภัยไข้เจ็บ (disease) หรือข้อบกพร่องทางกายภาพอื่นๆ ของทาสคนนั้นที่อาจไม่ปรากฏชัดอีกด้วย (physical defects) อาจกล่าวได้ว่ามาตรการเยียวยาของขุนนางผู้ควบคุมตลาดมุ่งปรับใช้แก่ความชำรุดบกพร่องไม่เห็นประจักษ์ของทาส (latent defects) เป็นหลัก⁵⁰ แม้ว่าข้อบกพร่องของทาสจะมีมากจนไม่อาจจะระบุให้ชัดเจนได้หมด แต่ทั้งนี้โดยหลักการแล้วประกาศนโยบาย (edict) ได้แบ่งแยกระหว่างความบกพร่องของทาสได้เป็นสองชนิดได้แก่ ความบกพร่องในพลกำลังของทาสนั้นที่เกิดจากโรคภัยไข้เจ็บ (the slave's fitness for use was impaired by the disease) ซึ่งเรียกว่า '*mobus*' เช่น โรคคอพอกตาโปน (grave's sickness) เป็นต้น และความบกพร่องในลักษณะทางกาย (the physical defects) ที่เรียกว่า '*vitium*'⁵¹ และการที่ทาสมีบุคลิกลักษณะไม่พึงประสงค์บางอย่าง (defect of character) ซึ่งไม่อาจถือว่าเป็นเข้ากรณีของ '*mobus*' แต่อาจถือว่าเป็นข้อบกพร่องได้ เช่น ขี้ขลาด (timid) โลภมาก (avaricious) โมโหร้าย (irascible) มีโรคซึมเศร้า (melancholic) ติดสุราหรือการพนัน (drinking or gambling) ขี้โกหก (quarreling) เป็นต้น ผู้ซื้อจึงต้องสอบถามขอคำรับรอง (assurance) เป็นกรณีไป สำหรับความบกพร่องในบุคลิกลักษณะของทาสในบางกรณีนั้นขุนนางผู้ควบคุมตลาดได้กำหนดให้ผู้ขายแถลงให้ชัดเจนหากผู้ขายต้องการหลุดพ้นจากความรับผิด เช่น ทาสหลบหนี (runaway) เป็นบุคคลเร่ร่อน (roving) เคยได้ก่ออาชญากรรมในนครหลวง (perpetrated a capital crime) พยายามฆ่าตัวตาย (prone to committing suicide) หรือเคยต่อสู้กับสัตว์ร้ายในลานประลองมาก่อน (fought wild beasts in arena) เป็นต้น อาจด้วยเหตุที่ว่า การทำละเมิดให้เกิดความเสียหายของทาสย่อมก่อให้เกิดความรับผิดต่อผู้เป็นนายทาสคนปัจจุบันในเวลาที่ยุติเสียหยาหยิบยกคดีขึ้นฟ้องร้องได้ (noxal liability) ซึ่งนายทาสอาจจำเป็นต้องชดใช้ค่าเสียหายหรือส่งมอบตัวทาสให้แก่อีกฝ่าย (surrender the slave) เพื่อ

⁵⁰ Reinhard Zimmermann, *supra* note 14, p. 311.

⁵¹ *Ibid.*, p. 312.

ประโยชน์แก่ผู้ซื้อให้ทราบว่ามีบุคลิกลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามในอนาคตหรือไม่ด้วย⁵² กฎหมายโรมันยอมรับให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอาจกำหนดขอบเขตของการรับประกันคุณภาพของทาส (warranty) ได้อย่างอิสระ โดยผู้ขายอาจประกาศถ้อยคำรับรองข้อเท็จจริง (affirmation) ซึ่งเรียกว่า ‘*dicta promissave*’ เพื่อยืนยันว่าทาสที่ทำการซื้อขายนั้นปราศจากข้อบกพร่องอันใดอันหนึ่ง (free from further defects) หรือเพื่อยืนยันว่ามีความสามารถอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นพิเศษ (possessed specialty qualities) เช่น มีฝีมือยอดเยี่ยมในการทำอาหาร (excellent cook) เป็นต้น คำรับรองดังกล่าวย่อมมีผลผูกพันและอาจก่อให้เกิดความรับผิดตามประกาศนโยบายของขุนนางผู้ควบคุมตลาด (aedilitian edict) แต่ทั้งนี้ในความเป็นจริงผู้ขายย่อมมีแนวโน้มที่จะอวดอ้างสรรพคุณสินค้าของตนอยู่แล้ว (praise his goods) และคาดว่าจะมักมีปัญหาในการจำแนกระหว่างถ้อยคำรับประกันคุณภาพของผู้ขาย (warranty) ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดที่เกิดจากคำอวดอ้างโฆษณาเพื่อขายสินค้า (sale talk) อยู่ตลอดเวลา แต่อย่างน้อยที่สุดก็เป็นที่ยอมรับกันว่าผู้ขายย่อมมีความรับผิดหากได้กระทำการใดๆ ที่มีลักษณะเป็นการทุจริตฉ้อฉล (acted fraudulently)⁵³ อีกทั้งตามประกาศนโยบายของขุนนางผู้ควบคุมตลาดกำหนดให้ผู้ขายมีสิทธิเรียกให้ผู้ขายให้ถ้อยคำรับรองปากเปล่า (form of stipulation) เพื่อยืนยันว่าทาสที่ซื้อขายนั้นปราศจากข้อบกพร่องอย่างใดๆ ในทุกกรณี (free from all defects) ซึ่งหมายความว่ารวมถึงปราศจากซึ่งข้อบกพร่องที่ไม่เห็นประจักษ์อีกด้วย (not apparent) เมื่อผู้ขายได้ประกาศให้คำรับรองแล้วและภายหลังเกิดมีเหตุที่ผิดไปจากคำรับประกัน (breach of warranty) เกิดขึ้น ผู้ซื้อย่อมมีสิทธิได้รับการเยียวยาขั้นพื้นฐาน (standard remedies) โดยการฟ้องร้องบังคับตามสัญญาปากเปล่า (actio ex stipulatu) ที่ผู้ขายได้ให้ไว้ได้ แต่ในทางกลับกันหากผู้ขายปฏิเสธที่จะให้คำรับรองเช่นนั้นผู้ซื้อย่อมอาจสันนิษฐานได้ว่ามีบางสิ่งที่ผิดปกติในตัวทาสดังกล่าว และทำให้ผู้ซื้อย่อมมีสิทธิใช้รูปแบบดำเนินคดีที่เรียกว่า ‘*redibendi iudicium*’ เพื่อเรียกร้องให้ผู้ขายคืนเงินที่ได้ชำระไป (demand repayment of price) และส่งมอบทาสคืนให้แก่ผู้ขายได้ (return of the slave) ซึ่งเป็นอำนาจของผู้ซื้อที่จะทำให้การซื้อขายสิ้นสุดลงได้แม้ในเวลาก่อนที่ความบกพร่องนั้นจะพึงได้ปรากฏออกมาก็ตาม (before a defect had become apparent) และกรณีที่ผู้ขายปฏิเสธไม่ให้คำรับประกัน (without warranty) ตามคำขอผู้ซื้อ ซึ่งไม่ว่าผู้ซื้อจะอยากได้ทาสนั้นไว้ใช้งานต่อไปหรือไม่ต้องการทาสนั้นแล้วก็ตาม ผู้ซื้อยังคงมีสิทธิเรียกร้องเอาประโยชน์ที่เสื่อมเสียไปจากข้อชำรุดบกพร่องในตัวทาสนั้น (claim quod interest) อันซึ่งเกิดขึ้นภายในสี่เดือน ทั้งนี้ความรับผิดในผู้ขายในความชำรุดบกพร่องและการดำเนินคดีดังกล่าวของผู้ซื้อนั้นมิได้เกิดจากการที่ผู้ขายได้ให้คำรับรองด้วยวาจา (action ex

⁵² *Ibid.*, pp. 312-315.

⁵³ *Ibid.*, pp. 315-316.

stipulate) แต่เกิดขึ้นด้วยมาตรการเยียวยาจากขุนนางผู้ควบคุมตลาด (the aedilician remedies) เนื่องจากการสมควรถือว่าผู้ขายต้องมีความรับผิดชอบเช่นนั้น โดยอาจแบ่งมาตรการเยียวยาความเสียหายออกเป็นสองประเภทได้แก่ ‘*actio redhibitoria*’ และ ‘*actio quanti minoris*’⁵⁴

โดยที่ ‘*actio redhibitoria*’ เป็นรูปแบบการฟ้องคดีที่กำหนดอยู่ในประกาศนโยบายของขุนนางผู้ควบคุมตลาด (aedilician edict) ซึ่งอ้างอิงได้จากที่ *Ulpian* นักกฎหมายโรมันได้รวบรวมไว้ (Ulp. D. 21, 1, 1, 1.) โดยมุ่งบังคับใช้แก่กรณีที่ทาสนั้นมีลักษณะบกพร่องตามที่ประกาศนโยบายได้กำหนดโดยที่แม้ผู้ขายมิได้ให้คำรับรองไว้ก็ตาม หรือกรณีที่ทาสบกพร่องหรือขาดหายไป (absent) ซึ่งคุณลักษณะพิเศษ (quality) อย่างหนึ่งที่ผู้ขายได้เคยให้ไว้เป็นการเฉพาะ (been specifically warranted) ซึ่งถือเป็นการผิดคำรับรองที่ให้ไว้เป็นพิเศษ (breach of ‘*dicta promissave*’) หรือกรณีที่ผู้ขายกระทำการโดยมีเจตนาทุจริต (fraudulently) นั้น ผู้ซื้อย่อมสามารถเลือกที่จะส่งคืนตัวทาสนั้น (return the slave) และขอรับคืนเงินที่ได้ชำระไปได้ (receive back the purchase price) และอาจกล่าวได้ว่าผู้ซื้อและผู้ขายย่อมกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนหนึ่งว่าการซื้อขายรายนั้นมิได้เกิดขึ้นเลย แต่ทั้งนี้ ผู้ซื้อย่อมได้รับการคุ้มครองสิทธิในกรณีที่ทาสได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ซื้อระหว่างเวลานั้น เช่น ลักขโมยหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของผู้ซื้อ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การกลับคืนสู่ฐานะเดิสดังกล่าวย่อมไม่ครอบคลุมถึงค่าใช้จ่ายที่ผู้ซื้อต้องสูญเสียไปเนื่องจากการเลี้ยงดูทาสนั้นๆ (the cost of maintaining the slave) ในทำนองเดียวกับที่ผู้ซื้อย่อมไม่จำเป็นต้องชดเชยมูลค่าแห่งการงานซึ่งตนนั้นได้รับจากทาสนั้นให้แก่ผู้ขายเช่นกัน (the value of the slave’s services) และในทางกลับกันผู้ขายมีสิทธิเรียกเอาทรัพย์สินซึ่งทาสได้ตกทอดแก่ผู้ซื้อ (inheritance) ยิ่งกว่านั้นผู้ซื้ออาจต้องรับผิดชอบในความเสื่อมเสียใดๆ ในตัวทาส (deterioration) ที่ได้เกิดขึ้นจากความผิดของผู้ซื้อ (the purchaser’s fault) ในระหว่างเวลานั้น และการดำเนินคดีในลักษณะของ ‘*actio redhibitoria*’ ต้องกระทำภายในกำหนดอายุความ (restriction) ไม่เกิน 6 เดือนนับแต่มีความชำรุดบกพร่องเกิดขึ้นและผู้ซื้อได้ทราบ⁵⁵ ส่วน ‘*actio quanti minoris*’ เป็นรูปแบบการฟ้องคดีที่อนุญาตให้ผู้ซื้อฟ้องร้องดำเนินคดีต่อผู้ขายในลักษณะขอลดราคา (price reduction) โดยขอหักลบระหว่างมูลค่าที่แท้จริงของทาสนั้น (actually worth) และมูลค่าที่ทาสนั้นควรจะเป็น (would have been worth) ถ้าปราศจากข้อบกพร่องใดๆ (free from defects) หรือมีคุณลักษณะพิเศษอันหนึ่งอันใดที่รับรองไว้ (possessed the promised qualities) ท้ายที่สุดทำให้ผู้ซื้อสามารถเรียกให้ผู้ขายคืนราคาทาสนั้นแต่บางส่วน (reimbursement of part of the purchase price) และหากผู้ขายไม่ต้องการรับผิดชอบใดๆ ในความบกพร่องแห่งทาสนั้นสามารถกระทำโดยจัดให้ทาสสวมใส่หมวก

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 316-317.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 317-318.

หรือพวงหรีด (wreath) ไว่บนศีรษะเพื่อแสดงถึงการขอสงวนความรับผิดชอบซึ่งเป็นธรรมเนียมที่พบได้บ่อยในการซื้อขายทาสเชลยศึกสงคราม (prisoners of war)⁵⁶ และนอกจากนี้มีการนำรูปแบบการดำเนินคดีทั้ง ‘*actio rehibitoria*’ และ ‘*actio quanti minoris*’ ไปปรับใช้แก้ความชำรุดบกพร่องที่ผู้ซื้อไม่ได้ทราบในการซื้อขายสัตว์พาหนะ (beast of burden) ที่มีความสำคัญในทางเศรษฐกิจ และการซื้อขายปศุสัตว์ (sale of cattle) ที่มีได้คัดเลือกอย่างเจาะจง (in general) อีกด้วย⁵⁷

กล่าวโดยสรุปแม้ว่ารูปแบบการฟ้องคดี ‘*actio rehibitoria*’ ของผู้ซื้อทรัพย์สินที่ปรากฏความชำรุดบกพร่องภายหลังนั้นจะเป็นรูปแบบการดำเนินคดีตามกฎหมายโรมันที่มุ่งผลให้เกิดการเยียวยาความเสียหายในลักษณะคืนทรัพย์สินและเรียกเงินที่ได้ชำระราคาไปก็ตาม แต่ก็ยังเป็นเพียงรูปแบบการเยียวยาความเสียหายเฉพาะเรื่อง กล่าวคือจำกัดเฉพาะการซื้อขายทรัพย์สินที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจ เช่น ทาส และสัตว์บางชนิด เท่านั้น มิได้มีลักษณะที่เป็นการวางหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยเลิกสัญญาตามกฎหมายโรมันแต่ประการใด

2.2.2 พัฒนาการของหลักกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญาในช่วง *ius commune*

หลักกฎหมายสัญญาที่ใช้กันอยู่ในช่วงยุคกลาง (Middle Age) และการทวีความสำคัญขึ้นของหลักความยินยอมได้ลดทอนความเคร่งครัดในเรื่องรูปแบบการจัดทำสัญญาดังเช่นที่เคยเป็นตามกฎหมายโรมันดั้งเดิมลง ประกอบกับความแพร่หลายในคริสต์ศาสนาเป็นแรงผลักดันให้ศาสนจักร (Catholic Church) มีความสำคัญมากขึ้นจนกระทั่งสามารถพัฒนาหลักกฎหมายศาสนา (canon law) เป็นของตนเองซึ่งมีแนวคิดจากหลักพื้นฐานทางศีลธรรม (moral foundation) และเหตุที่คำสัญญาระหว่างบุคคลมีความผูกพันและต้องปฏิบัติตามเนื่องจากสัญญาทำขึ้นด้วยความเชื่อถือโดยสุจริต ความเชื่อถือ (fides) เกิดขึ้นภายใต้ความไว้วางใจเชื่อใจต่อกัน (relationship of trust) ด้วยเหตุนี้การผิดคำสัญญา (breach of promise) ย่อมหมายถึงการฝ่าฝืนต่อความเชื่อถือไว้วางใจต่อกัน อีกทั้งเป็นการละเมิดข้อห้ามเรื่องการหลอกลวง (lie) อีกด้วย กฎหมายศาสนาจึงมีพื้นฐานความคิดที่แตกต่างอย่างมากกับแนวคิดที่นิยมแบบเคร่งครัดของสัญญา (formalism) ของกฎหมายโรมัน ต่อมาในคริสต์ศตวรรษที่ 13 แนวคิดที่นิยมความตกลงยินยอมของคู่สัญญา (consensualism) เริ่มมีผลต่อกฎหมายจารีตประเพณี (customary law) ในช่วงเวลาดังกล่าว ทั้งนี้แต่เดิมการกล่าวคำสัตย์สาบาน (oath) ย่อมหมายถึงการเข้าผูกพันตามถ้อยคำที่ได้มอบให้ไว้ แต่กฎหมายจารีตประเพณีได้ให้ความหมายที่เข้าใจง่ายกว่านั้น กล่าวคือการปฏิบัติตามคำสัตย์ถือเป็นเรื่องที่ถูกต้องเหมาะสม (propriety) ตามขนบธรรมเนียมหรือบรรทัดฐานทางสังคมซึ่งยอมรับกันโดยทั่วไป และท้ายที่สุดได้

⁵⁶ *Ibid.*, p. 318.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 318-319.

พัฒนากลายเป็นหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (agreement must be kept) หรือ ‘*pacta sunt servanda*’⁵⁸

ด้วยเหตุนี้ทำให้เข้าใจได้ว่าพัฒนาการหลักกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญาในช่วงยุคกลางเป็นไปอย่างเชื่องช้าและไม่เป็นที่ยอมรับเนื่องด้วยเหตุผลที่ว่าถ้าการยอมรับให้มีการเลิกสัญญากันได้อาจก่อให้เกิดความไม่สอดคล้องต่อหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (*pacta sunt servanda*) ซึ่งถือเป็นสาระสำคัญของหลักกฎหมายซีวิลลอว์ในช่วงเวลาที่ถือว่าทั้งยุโรปมีหลักกฎหมายร่วมกัน (*ius commune*) ต่อมาสำนักกฎหมายธรรมชาติ (school of natural law) เริ่มที่จะมีแนวคิดโต้แย้งว่าหนี้ที่เกิดขึ้นในสัญญาสองฝ่าย (mutual contract) มีลักษณะเป็นเงื่อนไขของการชำระหนี้ซึ่งกันและกัน (depend upon each other) หากฝ่ายหนึ่งไม่ยอมชำระหนี้ย่อมมีผลให้อีกฝ่ายไม่ต้องชำระหนี้ตอบแทน ยิ่งกว่านั้นคู่สัญญาที่มีได้ผิดควรมีสืสิทธิหลุดพ้นจากสัญญา (right to abstain from the contract)⁵⁹ แต่การใช้สิทธิเลิกสัญญาย่อมมีข้อจำกัดในกรณีที่ผู้ซื้อได้พบเห็นความชำรุดบกพร่องในทรัพย์สินที่ซื้อขายอยู่แล้วในเวลาที่เขาทำสัญญาซื้อขายเนื่องจากผู้ซื้อย่อมมีโอกาสงดเว้นไม่เข้าทำสัญญาตั้งแต่แรก (abstain from the contract from entering into the contract in the first place)⁶⁰

2.2.3 พัฒนาการของหลักกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญาในประเทศฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้จัดทำสำเร็จในปีค.ศ. 1804 ถือเป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายเอกชนของฝรั่งเศส ตัวประมวลกฎหมายแพ่งนั้นได้รับแนวคิดสำคัญจากจิตวิญญาณแห่งการปฏิวัติฝรั่งเศส (French Revolution) ที่มุ่งขจัดสถาบันทางศักดินาฝรั่งเศสอย่างสิ้นเชิงและปลูกถ่ายแนวคิดใหม่ซึ่งมีรากฐานจากหลักกฎหมายธรรมชาติ (natural law) นอกจากนี้ประมวลแพ่งฝรั่งเศสได้ซึมซับผลแห่งพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ระหว่างกฎหมายจารีตประเพณีตอนใต้ที่เรียกว่า ‘*droit écrit*’ ซึ่งมีที่มาจากกฎหมายโรมัน ปลดกฎหมายจารีตประเพณีตอนเหนือที่เรียกว่า ‘*droit coutumier*’ ที่ได้รับอิทธิพลจากจารีตประเพณีดั้งเดิมของเผ่าเยอรมันและฝรั่งเศส (Germanic-Frankish) กฎหมายจารีตประเพณีทั้งสองถือเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่มีอยู่ก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศส (pre-revolution) และอาจเรียกกฎหมายจารีตประเพณีทั้งสองรวมกันว่า ‘*ancien droit*’ และเมื่อมรดกทางวัฒนธรรมทางกฎหมายในอดีตผสานเข้ากับแนวคิดใหม่ช่วงการปฏิวัติฝรั่งเศสที่เรียกว่า ‘*droit intermédiaire*’ จนกลายเป็นประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส⁶¹

⁵⁸ Alain A. Levasseur, *supra* note 16, pp. 8-9.

⁵⁹ Reinhard Zimmermann, *supra* note 14, p. 803.

⁶⁰ Richard R.W. Brooks and Alexander Stremitzer, *supra* note 53, p. 695.

⁶¹ Konrad Zweigert and Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, trans.

Tony Weir, third edition (Oxford : Clarendon, 1998) pp. 74-76.

2.2.3.1 การจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

กระบวนการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมีแรงผลักดันจากการปฏิวัติฝรั่งเศส รวมทั้งการเข้าสู่อำนาจของพระเจ้าโนโปเลียน (Napoléon Bonaparte) โดยภายใต้บรรยากาศแห่งการปฏิวัตินั้นการปลูกถ่ายแนวคิดใหม่ที่มีความสำคัญแก่ปัจเจกบุคคล (individual) ที่ว่าบุคคลเกิดมาพร้อมความสามารถในการให้เหตุผลและความรับผิดชอบ แต่ละคนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในการกระทำโดยรู้สำนึกในการกระทำ (freedom of conscience) มีสิทธิเชื่อถือในสิ่งที่ตนประสงค์ (freedom of belief) และสามารถดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจตามที่ตนต้องการ รัฐมีหน้าที่ผ่านกระบวนการออกกฎหมายเพื่อปลดปล่อยพันธะที่บุคคลผูกติดอยู่กับสถาบันอำนาจเก่าในระบบศักดินา ศาสนจักร ครอบครัว สมาคม หรือกลุ่มสถานะใดๆ และมอบสิทธิความเท่าเทียมให้แก่พลเมืองทุกคนโดยไม่เลือกหน้า⁶² อย่างไรก็ตามการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสไม่อาจทำสำเร็จได้จนกระทั่งโนโปเลียนได้เข้าสู่อำนาจอย่างเบ็ดเสร็จในปลายปีค.ศ. 1799 นายทหารหนุ่มที่เข้ากุมอำนาจสูงสุดแห่งรัฐยอมทำให้เกิดข้อกังขาจากคณะผู้ร่างประมวลกฎหมายอยู่ไม่น้อยแต่ด้วยบุคลิกผู้นำและความสามารถโน้มน้าวจิตใจผู้คนของโนโปเลียนทำให้การจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งดำเนินไปอย่างรวดเร็ว โนโปเลียนเข้าร่วมประชุมพิจารณาร่างประมวลกฎหมายแพ่งเป็นจำนวนไม่น้อยกว่า 57 ครั้ง จากการประชุมทั้งหมด 102 ครั้ง และมีหลายครั้งที่คณะกรรมการร่างกฎหมายโนโปเลียนชี้แนะให้จัดทำร่างกฎหมายโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานการดำเนินชีวิตจริง (reality of life) มากกว่าการร่างกฎหมายในทางเทคนิคที่ซับซ้อน (technicalities of law) และมีบางคราวที่โนโปเลียนขัดจังหวะการโต้เถียงด้วยการตั้งคำถามที่สามัญธรรมดาแต่ชัดเจนยิ่งจนทำให้การประชุมกลับสู่ภาวะปกติและพิจารณาร่างต่อไปได้ บทบาทของโนโปเลียนจึงมีอยู่ไม่น้อยและชักนำให้ร่างกฎหมายประมวลกฎหมายที่น่าจะมีถ้อยคำกฎหมายที่อ่านยากและซับซ้อนกลายเป็นสั้นกระชับและทำความเข้าใจได้ง่ายแม้แต่ผู้อ่านที่มีใช้นักกฎหมาย⁶³ ความตื่นตัวในการจัดทำประมวลกฎหมายหลายฉบับในช่วงเวลาดังกล่าวเกิดขึ้นในยุคเรืองปัญญา (Age of the Enlightenment) ที่มีแนวคิดมุ่งปฏิรูปสังคมและส่งเสริมการใช้เหตุผลของมนุษย์มากกว่าการดำรงชีพตามหลักศาสนาและความเชื่อแบบดั้งเดิม แต่ทั้งนี้การจัดทำประมวลกฎหมายที่ฝรั่งเศสแตกต่างออกไปจากประมวลกฎหมายฉบับอื่นเนื่องจากเป็นผลผลิตโดยตรงจากการปฏิวัติโค่นล้มโครงสร้างอำนาจเก่าลงอย่างสิ้นเชิงทำให้เฉพาะในประเทศฝรั่งเศสเท่านั้นที่การจัดทำประมวลกฎหมายเกิดขึ้นภายใต้สภาพที่ความเป็นจริงของสังคมและแนวคิดในอุดมคติอยู่ในระนาบ

⁶² *Ibid.*, p. 80.

⁶³ *Ibid.*, pp. 80-84.

เดียวกับ (congruence) และส่งผ่านความเชื่อมั่นในเสรีภาพแห่งความเป็นเจ้าของและหลักเสรีภาพในการทำสัญญาออกสู่บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมาย⁶⁴

2.2.3.2 บุคลิกลักษณะของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

ดังที่กล่าวไปแล้วว่าประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเป็นการผสมผสานระหว่างกฎหมายจารีตประเพณีดั้งเดิมตอนเหนือ (droit coutumier) และกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมันในตอนใต้ (droit écrit) ทำให้หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้นได้รับอิทธิพลจากกฎหมายสัญญาโรมันแทบทั้งสิ้นซึ่งส่วนหนึ่งคาดว่าได้รับอิทธิพลผ่านงานเขียนคลาสสิกของ *Pothier* ส่วนหลักกฎหมายว่าด้วยครอบครัวและมรดกได้รับอิทธิพลจากกฎหมายจารีตประเพณีโดยเฉพาะจารีตประเพณีแห่งปารีส (Customs of Paris) นอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสยังได้รับอิทธิพลจากแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) ทำให้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสตั้งอยู่บนหลักสากลที่เป็นอิสระจากความเชื่อทางศาสนาและทำหน้าที่เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้กำหนดความสัมพันธ์อย่างมีเหตุผลและสร้างมาตรฐานในทางศีลธรรมของสังคม⁶⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้ถูกจัดทำขึ้นอย่างระมัดระวังมิให้มีรายละเอียดมากเกินไป เนื่องจากคณะผู้ร่างตระหนักว่าแม้นักกฎหมายที่เก่งที่สุดก็ไม่อาจคาดการณ์ถึงปัญหาในอนาคตได้หมดทุกข้อและเหมาะสมกว่าหากเปิดพื้นที่แก่ศาลทำหน้าที่วินิจฉัยคดีและสร้างหลักกฎหมายเพื่อใช้แก้ปัญหาเฉพาะหน้าให้สอดคล้องต่อการเปลี่ยนแปลงของสังคม⁶⁶ ด้วยเหตุนี้บ่อยครั้งที่ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเปิดโอกาสให้เกิดการตีความกฎหมาย (interpretation) เนื่องจากถ้อยคำตามบทบัญญัตินั้นที่มีความไม่ชัดเจน (inexact) ไม่สมบูรณ์ (incomplete) หรือมีความหมายมากกว่าหนึ่งอย่าง (ambiguous)⁶⁷

การจัดโครงสร้างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแบ่งเป็นสามบรรพ บรรพที่หนึ่ง (First Book) ประกอบด้วยหลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิของบุคคล ขอบเขตแห่งการใช้สิทธิ การได้มาและเสียไปซึ่งความเป็นพลเมืองฝรั่งเศส รวมทั้งหลักกฎหมายว่าด้วยครอบครัว บรรพที่สอง (Book Two) ประกอบด้วยหลักทั่วไปว่าด้วยทรัพย์สิน การแบ่งแยกระหว่างอสังหาริมทรัพย์กับสังหาริมทรัพย์ กรรมสิทธิ์และข้อจำกัดการใช้สิทธิแห่งความเป็นเจ้าของ การได้ดอกผล สิทธิอาศัย และภาระจำยอม มีข้อสังเกตว่าตามกฎหมายฝรั่งเศสมิได้มีการแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สิน (real contract) อย่างเด็ดขาดทำให้การกระทำในทางสัญญา (contractual act) ก่อให้เกิด

⁶⁴ *Ibid.*, p. 86.

⁶⁵ Konrad Zweigert and Hein Kötz, *supra* note 61, p. 88, 79.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 90.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 90-91.

การเคลื่อนไหวในสิทธิแห่งความเป็นเจ้าของโดยอัตโนมัติโดยไม่จำเป็นต้องมีการส่งมอบทรัพย์สิน (delivery) และบรรพที่สาม (Book Three) ประกอบด้วยหลักกฎหมายว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ เช่น การรับมรดก และหลักทั่วไปว่าด้วยสัญญา (general law of contract) เช่น ความสามารถในการทำสัญญา การก่อให้เกิดสัญญาและการตีความ (construction) ลูกหนี้ร่วม บทลงโทษตามสัญญา หักกลบหนี้ เงื่อนไขที่สำคัญของสัญญา และหลักว่าด้วยพิสุจน์ ต่อมาเป็นหลักกฎหมายว่าหนี้ที่เกิดขึ้นโดยไม่มีสัญญาอันได้แก่ ลาภมิควรได้ (unjustified enrichment) และละเมิด (delict) นอกจากนี้ยังมีเอกเทศสัญญาซึ่งคาดว่าใช้กฎหมายโรมันเป็นต้นแบบ ได้แก่ สัญญาซื้อขาย แลกเปลี่ยน เช่า จ้างแรงงานและจ้างทำของ ห้างหุ้นส่วน ยืมและฝากทรัพย์สิน ตัวแทน คำประกัน และสิทธิที่ได้รับประกันตามกฎหมาย เช่น จำนำ จำนอง และสิทธิยึดหน่วง (lien)⁶⁸

ผลจากการปฏิวัติฝรั่งเศสทำให้กลุ่มชนชั้นกลางมีบทบาทความสำคัญยิ่ง กลุ่มบุคคลที่มีความรู้ดีชอบชั่วดีซึ่งใช้เหตุผลในการดำเนินชีวิตและมีความรู้เพียงพอที่จะใช้ประโยชน์จากกฎหมายได้คือกลุ่มเป้าหมายที่ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนิยมและส่งเสริม การดำรงอยู่ของกลุ่มชนชั้นกลางได้รับการรับรองจากหลักเสรีภาพส่วนบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งเสรีภาพในการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจและสิทธิในทรัพย์สินและที่ดินของบุคคล หลักเสรีภาพในการทำสัญญาจึงมีอิทธิพลเหนือหลักกฎหมายว่าด้วยหนี้ว่าแต่กรณีที่ผ่านมาที่ฝืนต่อข้อกฎหมายเกี่ยวกับนโยบายแห่งรัฐ (public policy) หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (morals) ซึ่งถือเป็นข้อจำกัดเล็กน้อยเท่านั้น อย่างไรก็ตามเมื่อสภาพเศรษฐกิจและสังคมเปลี่ยนแปลงไปและการใช้อิสรภาพทางแพ่งทำให้เกิดผลร้ายจนไม่อาจยอมรับได้ การออกกฎหมายเฉพาะเพื่อแก้ไขบทบัญญัติดั้งเดิมและจำกัดหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นสิ่งจำเป็น เช่น การเช่า การขนส่งสินค้า ประกันภัย เป็นต้น ศาลฝรั่งเศสได้เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการปรับแต่งหลักกฎหมายให้เข้ากับยุคใหม่ด้วยการพัฒนา ขยายความ หรือจำกัดความถ้อยความตามประมวลกฎหมายอย่างต่อเนื่องและนำแนวคิดกฎหมายใหม่เข้ามาปรับปรุงหลักกฎหมายเดิม ด้วยเหตุที่ว่าบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมักมีถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนเนื่องจากความตั้งใจของผู้ร่างประมวลกฎหมาย ที่มีหลักกฎหมายที่แยกเป็นเอกเทศ (individual rules) จำนวนมากที่มีความไม่สมบูรณ์ในตัวเองและหลายมาตราที่มีการอ้างอิงถึงกันอย่างไม่สอดคล้อง⁶⁹

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 92-93.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 95.

2.2.3.3 พัฒนาการของหลักกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญาในระบบกฎหมาย

ฝรั่งเศส

กฎหมายฝรั่งเศสมีมุมมองเรื่องการผิดสัญญาในลักษณะของการผิดศีลธรรม (moral wrongdoing) จากมุมมองดังกล่าวทำให้การเลิกสัญญาโดยทั่วไปในระบบกฎหมายฝรั่งเศสจำเป็นต้องมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล (court proceeding)⁷⁰

รูปแบบการดำเนินคดี ‘*action en résolution*’ เป็นมาตรการเยียวยาความเสียหายจากการไม่ชำระหนี้ที่เกิดจากจำเลยผู้เป็นลูกหนี้ (remedy for inexecution) และศาลฝรั่งเศสได้นำไปปรับใช้แก่กรณีการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ที่เกิดจากเหตุสุดวิสัย (force majeure) อีกด้วย เมื่อพิจารณาตามตัวบทบัญญัติ มาตรา 1184 จะเห็นว่าข้อตกลงเลิกสัญญา (resolutive condition) ถือเป็นข้อสัญญาที่มีอยู่เสมอโดยปริยาย (always implied) ในสัญญาต่างตอบแทนและเป็นเงื่อนไขที่จะมีผลต่อเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญา และคู่สัญญาที่มีได้เป็นฝ่ายผิดสามารถเลือกที่จะบังคับให้อีกฝ่ายปฏิบัติตามสัญญา (forcing others to perform the agreement) ต่อไปหรือเลือกให้สัญญาสิ้นสุดลง (resolution) และเรียกค่าเสียหายตามสมควรได้ และเนื่องจากการเลิกสัญญาจำต้องนำคดีขึ้นสู่ศาล (action at law) ทำให้ในบางกรณีศาลอาจมีคำสั่งบังคับให้จำเลยปฏิบัติตามสัญญาต่อไปอีกด้วย⁷¹ หลักที่ถือว่าข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายถือเป็นข้อสัญญาที่มีอยู่เสมอในสัญญาต่างตอบแทนนั้น (implied resolutive condition) ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสอาจได้รับอิทธิพลแนวคิดดังกล่าวมาจาก *Pothier* นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสผู้มีชื่อเสียงซึ่งได้นำหลักเรื่องข้อตกลงในสัญญาซื้อขายโรมันที่เรียกว่า ‘*Lex Commissoria*’ เข้าสู่ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส แต่ทั้งนี้กระบวนการรับหลักกฎหมายดังกล่าวในทางประวัติศาสตร์ยังไม่ใช่ที่ปรากฏอย่างชัดเจนนัก⁷²

ด้วยเหตุนี้ทำให้เกิดความไม่สะดวกต่อเจ้าหนี้เนื่องจากผู้ขายที่มีได้รับชำระเงินค่าสินค้าแต่มีหน้าที่ตามสัญญาที่ต้องเตรียมพร้อมส่งมอบสินค้าอยู่ตลอดตราบเท่าที่ยังมิได้มีการเลิกสัญญาต่อกันและมีหน้าที่ต้องงดเว้นการจำหน่ายจ่ายโอนหรือเปลี่ยนมือสินค้านี้ดังกล่าวให้แก่บุคคลภายนอกอีกด้วย ถ้าผู้ขายไม่ประสงค์ผูกพันตามสัญญาต่อไป (repudiate the contract) และต้องการให้เสรีภาพในการทำธุรกิจของตนคืนมาจำเป็นต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลโดยกล่าวอ้างเหตุแห่ง

⁷⁰ Barry Nicholas, *The French Law of Contract*, 2nd ed. (Oxford: Clarendon) p. 212.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 241-242.

⁷² *Ibid.*, p. 242.

‘action en résolution’ ตาม มาตรา 1184⁷³ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เช่น ตามคดี Com. 15.1.1973, D. 1973.43 ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าเจ้าหนี้ได้แต่งตั้งให้ลูกหนี้เป็นตัวแทนจัดจำหน่ายเรือแต่เพียงผู้เดียว (exclusive agency) ของเจ้าหนี้มีกำหนดระยะเวลาสามปี โดยมีเงื่อนไขว่าลูกหนี้มีหน้าที่ต้องดำเนินการขายเรือให้สำเร็จจำนวนเก้าลำต่อปี เมื่อสิ้นระยะเวลาปีที่หนึ่งปรากฏว่าลูกหนี้ขายเรือไม่สำเร็จแม้แต่ลำเดียว เจ้าหนี้จึงบอกกล่าวให้ลูกหนี้ทราบว่าบอกเลิกสัญญาและแต่งตั้งบุคคลภายนอกเป็นตัวแทนจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวแทนลูกหนี้ ศาลฝรั่งเศสวินิจฉัยว่าเจ้าหนี้มีสิทธิระงับการให้สิทธิลูกหนี้เป็นตัวแทนจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวได้ เช่น เจ้าหนี้อาจอนุญาตให้ผู้อื่นจัดจำหน่ายเรือเช่นเดียวกับลูกหนี้ได้ เป็นต้น แต่เจ้าหนี้ไม่อาจแต่งตั้งผู้อื่นให้เป็นผู้จัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวได้ คำวินิจฉัยในคดีนี้ทำให้เห็นว่าการที่เจ้าหนี้จะยุติผลผูกพันตามสัญญาทั้งหมด (total resolution of contract) จำเป็นต้องดำเนินการกระบวนการพิจารณาทางศาลตาม มาตรา 1184 เท่านั้น⁷⁴ และกรณีที่เจ้าหนี้ที่ยังมิได้ชำระหนี้ส่วนของตนแก่ลูกหนี้ตามสัญญาต่างตอบแทน การกล่าวอ้างข้อต่อสู้ที่จะปฏิเสธไม่ชำระหนี้ตอบแทน (exceptio non adimpleti contractus) อาจพอยอมรับได้ แต่ถ้าเจ้าหนี้ชำระหนี้ส่วนของตนให้แก่ลูกหนี้ผู้ผิดสัญญาไปแล้วหรือเจ้าหนี้ประสงค์ที่จะหลุดพ้นจากความผูกพันตามสัญญา เจ้าหนี้อาจเลือกที่จะเลิกหรือยุติสัญญา (rescission (or ‘résolution’) of the contract) และอาจเรียกค่าเสียหายตามสมควรได้อีกด้วย เช่น ตามสัญญาซื้อขายที่ผู้ขายได้ส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อเป็นที่เรียบร้อยแล้วนั้นตามเมื่อพิจารณาตามหลักเหตุผลการเลิกสัญญาย่อมน่าจะได้ประโยชน์มากกว่าการกล่าวอ้างข้อต่อสู้ที่จะปฏิเสธไม่ชำระหนี้ รวมทั้งกรณีที่ราคาตลาดของสินค้า ณ เวลาปัจจุบันมีมูลค่าสูงกว่าราคาที่ได้ตกลงกัน และกรณีที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว เป็นต้น⁷⁵

⁷³ French Civil Code Article 1184

“A condition subsequent is always implied in synallagmatic contracts, for the case where one of the two parties does not carry out his undertaking.

In that case, the contract is not avoided as of right. The party towards whom the undertaking has not been fulfilled has the choice either to compel the other to fulfil the agreement when it is possible, or to request its avoidance with damages.

Avoidance must be applied for in court, and the defendant may be granted time according to circumstances.”

⁷⁴ Barry Nicholas, *supra* note 70, p. 214.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 241.

มีข้อสังเกตว่าการตีความการเลิกสัญญาตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้นไม่มีข้อยกเว้นที่ซับซ้อน ทำให้เจ้าหนี้ที่มีได้เป็นฝ่ายผิดสัญญาที่มีหน้าที่กระทำเพียงนำคดีขึ้นสู่ศาลและรอคำสั่งศาลในการดำเนินการเกี่ยวกับสัญญาเท่านั้น อีกทั้งขาดบรรทัดฐานทางกฎหมาย (legal criterion) ที่ชัดเจนในการแบ่งแยกระหว่างกรณีการผิดสัญญาอย่างร้ายแรง (serious breach) ที่นำไปสู่การเลิกสัญญาและกรณีการผิดสัญญาในเรื่องเล็กน้อย และหากมีประเด็นปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นมักจำเป็นอาศัยอำนาจทางตุลาการ (solvorigen power (or ‘*pouvoir souverain*’) of the trial justice) เพื่อในทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดประเด็นปัญหานั้นๆ อยู่เสมอ⁷⁶ สำหรับการไม่ชำระหนี้ทั้งหมด (total) นั้นโดยทั่วไปศาลฝรั่งเศสมักมีคำวินิจฉัยให้สัญญาเลิกเป็นอันกัน (résolution) แม้ว่าบางครั้งศาลอาจมีคำสั่งโดยกำหนดระยะเวลาให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามการชำระหนี้ภายในกำหนดก็ตาม ส่วนกรณีการไม่ชำระหนี้บางส่วน เช่น กรณีการไม่ชำระหนี้บางส่วน (partial inexécution) ศาลฝรั่งเศสย่อมมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดโดยอาศัยการชั่งน้ำหนักความร้ายแรงแห่งกรณีการผิดสัญญานั้น ประกอบกับพฤติการณ์เฉพาะเจาะจงอื่นๆ ที่ปรากฏในคดี เช่น ความเป็นสาระสำคัญของหนี้ที่มีได้ปฏิบัติชำระ เป็นต้น และพิจารณาความเหมาะสมว่าควรให้มีการเลิกสัญญาต่อกันโดยพลันหรือการมีคำสั่งกำหนดค่าเสียหายจะก่อให้เกิดผลดียิ่งกว่าโดยคำนึงถึงสมดุลส่วนได้ส่วนเสียในทางเศรษฐกิจระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ (a proper balance between the advantage to the creditor and the disadvantage to the debtor) และหลักการที่ศาลฝรั่งเศสใช้วินิจฉัยทำคำสั่งเพื่อให้สัญญาเลิกกันนั้น (assessment) มิได้คำนึงว่าเจ้าหนี้จะให้ความสำคัญต่อหนี้ที่ลูกหนี้ต้องปฏิบัติชำระแก่ตนมากน้อยเพียงใด กล่าวอีกนัยหนึ่งคือหนี้ของลูกหนี้ไม่จำเป็นต้องมีความสำคัญถึงขนาดเป็นมูลเหตุจูงใจสำคัญอันซึ่งทำให้เจ้าหนี้ตัดสินใจเข้าทำสัญญาแต่อย่างใด (cause) ซึ่งตามกฎหมายฝรั่งเศสการบกพร่องในเรื่องมูลเหตุจูงใจในการทำสัญญาดังกล่าวอาจมีผลร้ายแรงถึงขนาดกระทบกระเทือนต่อความสมบูรณ์ของสัญญา โดยการที่ศาลมิได้คำนึงถึง ‘cause’ ในเรื่องข้างต้นทำให้การเลิกสัญญาจึงอาจเกิดขึ้นได้แม้แต่การผิดสัญญาของลูกหนี้ในเรื่องเล็กน้อย (breach is small) หากว่าศาลฝรั่งเศสได้พบเห็นพฤติการณ์บางประการที่บ่งชี้ถึงความไม่สุจริต (indication of bad faith) ของฝ่ายลูกหนี้ ยิ่งกว่านั้นศาลฝรั่งเศสอาจมีคำสั่งให้เลิกสัญญาบางส่วน (partial resolution) ซึ่งมีผลเปลี่ยนแปลงหน้าที่ตามสัญญาของฝ่ายเจ้าหนี้และทำให้ข้อตกลงตามสัญญาจะบังคับไปบางข้อ (setting contract aside on term) อีกด้วย⁷⁷

ทั้งนี้เจ้าหนี้อาจไม่จำเป็นต้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้สัญญาเป็นอันเลิกกันในกรณีต่อไปนี้ การเลิกสัญญานอกอำนาจของศาล (extra-judicial resolution) กรณีที่หนึ่งได้แก่กรณีที่สัญญา มีข้อสัญญาที่กำหนดให้สามารถเลิกสัญญาโดยชัดแจ้ง (contract expressly provide for

⁷⁶ *Ibid.*, p. 241.

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 242-243.

termination) ซึ่งข้อตกลงโดยสมัครใจดังกล่าวย่อมมีผลสมบูรณ์ เนื่องจากการกำหนดเหตุแห่งการเลิกสัญญาอันเป็นข้อเท็จจริงที่เฉพาะเจาะจง (specific of circumstance) ถือเป็นการมอบอำนาจตัดสินใจโดยเด็ดขาดให้แก่คู่สัญญาที่จะทำเช่นนั้นและคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิบอกเลิกต้องกระทำการด้วยความสุจริต (act in good faith) กรณีที่สองการเลิกสัญญาในสัญญาบางลักษณะอาจได้รับยกเว้นจากผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสว่าการเลิกสัญญาไม่จำเป็นต้องดำเนินการสอบสวนพิจารณาในศาลอันได้แก่ สัญญาซื้อขายสินค้าที่ใช้ไปสิ้นไป (sale of commodity) หรือสังหาริมทรัพย์อื่นในทำนองเดียวกันที่มีกำหนดเวลาส่งมอบแน่นอนตาม มาตรา 1657 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส⁷⁸ เมื่อผู้ขายมิได้ส่งมอบสินค้าภายในเวลาที่กำหนดผู้ซื้อย่อมมีสิทธิดำเนินการยกเลิกสัญญาซื้อขายนั้นได้เลิกกันโดยผลแห่งกฎหมาย (the seller may after that date treat the contract as terminated by operation of law) และกรณีที่สามเป็นกรณีที่หลักกฎหมายทั่วไป (jurisprudence) ยอมรับให้มีการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว (unilateral termination) เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมโดยไม่จำเป็นต้องอาศัยการดำเนินการผ่านศาลแต่อย่างใด เช่น การเลิกจ้างลูกจ้างที่กระทำผิดหน้าที่อย่างร้ายแรง (the dismissal of employees for gross breaches of duty) และต่อมาได้มีการขยายความไปปรับใช้แก่กรณีที่คู่สัญญามีความสัมพันธ์พิเศษในลักษณะที่ต้องมีการเชื่อถือและไว้วางใจต่อกัน (special relationship of trust or confidence between parties) ด้วยเหตุนี้ทำให้มีความจำเป็นเร่งด่วนในการที่เข้ารักษาผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ หรือในกรณีที่การผิดสัญญาเป็นการทำลายความเชื่อถือไว้วางใจระหว่างคู่สัญญาอย่างร้ายแรง (destructive of trust) จนถึงขนาดทำให้ไม่อาจรักษาความสัมพันธ์ทางสัญญาได้อีก (to make the contractual relationship is intolerable) อย่างไรก็ตามก็ตีขอบเขตของการปรับใช้หลักการกรณีที่สามค่อนข้างยากที่จะกำหนดอย่างชัดเจนและลูกหนี้อาจโต้แย้งข้อกล่าวอ้างเลิกสัญญาดังกล่าวของฝ่ายเจ้าหนี้เพื่อขอให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดต่อไป⁷⁹ และการเลิกสัญญาโดยทั่วไปย่อมมีผลทำให้สัญญาไม่มีผลอยู่ต่อไป (null) และความไม่มีผลของสัญญาเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดผลในลักษณะย้อนหลังไปในอดีต (retrospective) ซึ่งทำให้คู่สัญญาต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม (restitution) แต่สำหรับสัญญาบางลักษณะที่คู่กรณีต้องมีการปฏิบัติชำระหนี้อย่างต่อเนื่อง (successive or continuous performance) เช่น สัญญาเช่า (lease) สัญญาประกันภัย (contract of insurance) และสัญญาจ้างแรงงาน (contract of employment) เป็นต้น ซึ่งเห็นได้ว่าการ

⁷⁸ French Civil Code Article 1657

In matters of sale of commodities and movable effects, the avoidance of the sale takes place by operation of law, and without any demand, for the benefit of the seller, after the expiry of the period agreed upon for the removal.

⁷⁹ Barry Nicholas, *supra* note 70, pp. 243-245.

ดำเนินการต่อกันสำเร็จลุล่วงไปแล้วย่อมไม่อาจย้อนกลับคืนมาได้ (cannot be reversed) การนำผลย้อนหลังมาปรับใช้แก่กรณีย่อมไม่เหมาะสม และการปรับใช้ผลแห่งการเลิกสัญญาในลักษณะที่ทำให้สัญญาสิ้นสุดลง (résiliation) น่าจะมีความเหมาะสมกว่าการที่สัญญาเลิกกันซึ่งทำให้เกิดผลย้อนหลัง (résolution)⁸⁰

2.2.4 พัฒนาการของหลักกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญาในประเทศเยอรมนี

การรับเอากฎหมายโรมัน (Reception of Roman Law) เข้าสู่ประเทศเยอรมนีเริ่มต้นขึ้นในช่วงกลางศตวรรษที่ 15 ถือเป็นช่วงเวลาที่เยอรมันรับเอาสถาบันทางกฎหมาย (legal institutions) และแนวคิดพื้นฐาน concept) ของกฎหมายโรมันเข้ามา รวมทั้งได้รับเอารูปแบบการจัดระเบียบทางวิทยาศาสตร์ที่มีต่อข้อคิดทางกฎหมาย (scientific systematization of legal thought) ซึ่งมีความก้าวหน้าอย่างมากในขณะนั้นเข้ามาด้วย คาดว่าการรับกฎหมายโรมันของเยอรมันเกิดขึ้นอย่างไม่ยากเนื่องจากระบบกฎหมายเอกชนของเยอรมันอยู่ในสภาพอ่อนแอยิ่ง โดยมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าประเทศเยอรมนีไม่มีสถาบันทางการเมืองส่วนกลางหรือองคาพยพทางกฎหมายที่ทำหน้าที่รวบรวมและวางรากฐานแก่กฎหมายเอกชนที่ใช้ร่วมกันของเยอรมัน (the foundation of common German private law) เช่นที่เกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศส และศาลสูงสุดแห่งประเทศเยอรมนี (Reichshofgericht) ไม่อาจแยกอำนาจหน้าที่ให้เป็นอิสระจากกษัตริย์เยอรมัน (Kaiser) และแม้ในทางทฤษฎีศาลสูงสุดแห่งประเทศเยอรมนีจะมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาของศาลล่างแต่ในทางปฏิบัติกลับไม่อาจล่วงล้ำไปมีอิทธิพลเหนือเขตพื้นที่ซึ่งผู้ครองที่ดินท้องถิ่นมีอิทธิพลทางการเมืองเหนือกว่าได้ ประกอบกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจของเยอรมันในเวลาดังกล่าวมีกฎหมายจารีตประเพณีดั้งเดิมของเยอรมัน (Germanic Law) ที่แตกต่างมากมาย แม้ว่าผู้พิพากษาจะพยายามชี้ขาดตัดสินคดีโดยตั้งอยู่บนฐานแห่งความรู้กฎหมายจารีตประเพณีที่อ้างอิงจากภูมิปัญญา (practical wisdom) และประสบการณ์ในทางปฏิบัติเพื่อกลั่นกรองเป็นคำตัดสินที่ดีที่สุด แต่คำวินิจฉัยเช่นนั้นก็มีความบกพร่องในทางตรรกะเมื่อถูกตั้งคำถามในเรื่องแหล่งที่มาที่ชัดเจนของบทกฎหมาย อีกทั้งยากจะให้เหตุผลในคำตัดสินหากปัญหาที่เกิดขึ้นนั้นเป็นเรื่องที่ไม่เคยมีมาก่อน และในท้ายที่สุดแนวคำวินิจฉัยตามกฎหมายจารีตประเพณีก็ไม่อาจลงรอยเดิมได้เมื่อต้องเผชิญสภาพเศรษฐกิจและสังคมหลังยุคกลางที่ซับซ้อนและมีพลวัตอย่างต่อเนื่อง⁸¹

2.2.4.1 การรับเอากฎหมายโรมันเข้าสู่ระบบกฎหมายเยอรมัน

กฎหมายโรมันได้นำเสนอแนวคิดและกระบวนทัศน์ทางกฎหมายใหม่ทั้งระบบที่ทำให้ให้นักกฎหมายเยอรมันสามารถนำไปจัดการกับปัญหาอันซับซ้อนที่เกิดขึ้นได้และผลักดันไปสู่กรอบ

⁸⁰ *Ibid.*, p. 245.

⁸¹ Konrad Zweigert and Hein Kötz, *supra* note 61, pp. 132-134.

ความคิดทางกฎหมายที่เหมาะสมจนไม่อาจหาเหตุผลโต้แย้งเพื่อยับยั้งอิทธิพลของกฎหมายโรมันได้ และกฎหมายโรมันมิใช่กฎหมายต่างถิ่นของเยอรมันแต่เป็นกฎหมายที่เคยบังคับใช้อยู่เหนือดินแดนที่แต่เดิมเป็นของจักรวรรดิโรมัน อีกทั้งการก่อตั้งจักรวรรดิโรมันอันศักดิ์ (the Holy Roman Empire of the Germans) ของจักรพรรดิเยอรมัน (German Kaiser) ย่อมเป็นรับรองโดยพฤตินัยว่าตนเป็นผู้สืบเชื้อสายจากจักรพรรดิโรมัน (Roman Caesar) ทำให้กฎหมายโรมันมีความชอบธรรมอย่างยิ่งในการกลับมาอิทธิพลเหนือดินแดนเยอรมันอีกครั้ง ต่อมามหาวิทยาลัยหลายแห่งในประเทศเยอรมนีเริ่มเปิดสอนกฎหมายโรมันอย่างจริงจัง กอปรกับสถานการณ์ที่ผู้ปกครองท้องถิ่นต้องหาหนทางรักษาอำนาจในเขตพื้นที่ของตนไว้ทำให้ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายโรมันถูกว่าจ้างให้เป็นทีปรึกษาทางกฎหมายเพื่อจัดทำเอกสารทางกฎหมายและข้อบังคับท้องถิ่นต่างๆ และสภาพการณ์เหล่านี้ทำให้กฎหมายโรมันแพร่ไปสู่หลายท้องถิ่นของเยอรมัน⁸² ขบวนการความคิดในยุคเรืองปัญญาช่วงศตวรรษที่ 17 ที่มุ่งปลดปล่อยปัจเจกบุคคลจากพันธนาการของสถาบันดั้งเดิมและนำไปสู่การวิพากษ์อย่างมีเหตุผลและทำให้บุคคลเหล่านั้นมีมุมมองในการใช้ชีวิตใหม่ที่ตั้งอยู่บนหลักที่สมเหตุผล อีกทั้งมอบจุดยืนและมุมมองใหม่แก่นักกฎหมายเพื่อจัดสถาบันทางกฎหมายเก่าที่ยึดติดกับจารีตประเพณีดั้งเดิมจนใช้การไม่ได้และนำไปสู่การจัดระเบียบในการบังคับใช้กฎหมาย โดยกระบวนการจัดทำประมวลกฎหมายสมัยใหม่ (codification) เป็นผลผลิตที่สำคัญของขบวนการความคิดดังกล่าวที่มุ่งแทนที่ข้อความคิดในทางกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งตั้งอยู่บนความแตกต่างหลากหลายและปราศจากการจัดการที่เหมาะสมด้วยรูปแบบการบัญญัติกฎหมายให้เป็นลายลักษณ์อักษรที่ครอบคลุมชัดเจนและมีการจัดลำดับอย่างมีเหตุผล อย่างไรก็ตามข้อคิดทางกฎหมายที่ตั้งอยู่บนหลักเหตุผล (law of reason) เมื่อถูกนำเข้าสู่การเรียนการสอนในมหาวิทยาลัยเยอรมันได้ถูกทำให้บริสุทธิ์ยิ่งขึ้นด้วยการเน้นวิธีการให้ความหมายของถ้อยคำและการตีความกฎหมายมากกว่าการมุ่งปรับใช้เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจริงดังเช่นที่กฎหมายโรมันได้กระทำเสมอมา⁸³

2.2.4.2 การจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

ภาคความตื่นตัวในการจัดทำประมวลกฎหมายสมัยใหม่ทำให้สถาบันอำนาจดั้งเดิมเริ่มปรับตัวและฉวยโอกาสใช้วิธีการในจัดทำประมวลกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งกล่าวอ้างหลักเหตุผล (law of reason) เพื่อสนับสนุนและสร้างความชอบธรรมแก่ฝ่ายตนในการใช้อำนาจปกครองและตีกรอบทางความคิดของปัจเจกบุคคลต่อไป ด้วยเหตุนี้หลักเหตุผลนิยม (Rationalism) จึงไม่อาจกระตุ้นให้เกิดการปลดปล่อยปัจเจกบุคคลออกจากพันธนาการได้เช่นที่เกิดขึ้นในการปฏิวัติฝรั่งเศส อย่างไรก็ตามช่วงศตวรรษที่ 19 ได้มีแนวคิดทางกฎหมายใหม่ที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการทาง

⁸² *Ibid.*, pp. 132-135.

⁸³ *Ibid.*, pp. 135-138

ประวัติศาสตร์และมีส่วนสำคัญทำให้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันประกาศใช้เป็นผลสำเร็จอย่างเป็นทางการในปีค.ศ. 1900 สำนักประวัติศาสตร์กฎหมาย (Historical School of Law) เป็นผลผลิตทางความคิดของชาวเยอรมันโดยแท้ที่มีชาววิญญู (Friedrich Carl von Savigny) เป็นผู้วางรากฐานความคิด แนวคิดสำนักประวัติศาสตร์กฎหมายเห็นว่ากฎหมายเป็นผลผลิตจากความเจริญก้าวหน้าของสังคมมนุษย์ (product of civilization) ซึ่งหยั่งรากและเจริญงอกงามผ่านกาลเวลาเฉกเช่นภาษา บทกวี และศาสนา ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงมิได้เป็นเกิดจากเหตุผลของตัวบุคคลผู้ออกกฎหมาย แต่กฎหมายมีพัฒนาการจากพลังภายในจิตวิญญาณของผู้คน (the inner secret power of the spirit of the people) ผ่านประวัติศาสตร์อันยาวนาน สำนักประวัติศาสตร์กฎหมายเชื่อว่ากฎหมายที่แท้จริงทุกฉบับคือกฎหมายจารีตประเพณี และทำให้ชาววิญญูไม่เห็นด้วยกับแนวทางการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันโดยอาศัยแนวคิดและรูปแบบของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเป็นต้นแบบ ชาววิญญูเชื่อว่าการจัดทำกฎหมายที่ละเลยต่อธรรมชาติของมนุษย์และไม่ตั้งอยู่บนหลักวิทยาศาสตร์ย่อมไม่อาจสร้างกฎหมายเยอรมันที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันได้ทั้งเป็นการฝ่าฝืนต่อจารีตประเพณีดั้งเดิมของชาวเยอรมันอีกด้วย และหากปล่อยให้หลักนิติศาสตร์เจริญเติบโตอย่างเป็นธรรมชาติย่อมเกิดผลเป็นกฎหมายร่วมกันของทุกคนในชาติ ดังนั้นสิ่งที่ถูกต้องจึงต้องเริ่มจากการซึมซับข้อความคิดและพัฒนาการกฎหมายผ่านชิ้นงานกฎหมายซึ่งเจริญงอกงามผ่านกาลเวลาดั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ด้วยเหตุนี้ชาววิญญูและคณะจึงเริ่มศึกษาต้นกำเนิดของกฎหมายเยอรมัน (Germanic source of law) โดยมิได้จำกัดเฉพาะกฎหมายจารีตประเพณีดั้งเดิมของเผ่าเยอรมันอย่างเดียวแต่ได้ศึกษากฎหมายโรมันซึ่งเคยมีอิทธิพลเหนือดินแดนแถบทะเลเมดิเตอร์เรเนียนมาอย่างยาวนานอีกด้วย และกฎหมายโรมันที่ศึกษามิได้จำกัดแต่เฉพาะกฎหมายโรมันในช่วงยุคกลางซึ่งอาจมีการแก้ไขปรุงแต่งจากกลุ่มผู้ศึกษากฎหมายโรมันในช่วงเวลาดังกล่าวเท่านั้น แต่ผู้ศึกษาตามแนวทางสำนักประวัติศาสตร์กฎหมายมุ่งมั่นศึกษากฎหมายโรมันดั้งเดิม (ancient Roman Law) ที่อยู่ในประมวลกฎหมายเอกชนโรมันของจักรพรรดิจัสติเนียน (Corpus Juris Civilis) จนอาจกล่าวได้ว่าสำนักประวัติศาสตร์กฎหมายลงมือทำการศึกษากฎหมายทุกฉบับที่อาจมีอิทธิพลต่อประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมทางกฎหมายของชาวเยอรมันอย่างจริงจัง และท้ายที่สุดผลจากการศึกษากฎหมายโรมันอย่างเข้มข้นจริงจังของชาววิญญูและลูกศิษย์แห่งสำนักประวัติศาสตร์กฎหมายได้ประสบผลสำเร็จเมื่อประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้ถูกประกาศใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1900

2.2.4.3 บุคลิกลักษณะของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Bürgerliches Gesetzbuch) มีเอกลักษณ์ทั้งด้าน ภาษา รูปแบบ โครงสร้างและแนวคิดซึ่งเป็นผลิตผลโดยตรงของสำนักประวัติศาสตร์กฎหมาย ทั้งนี้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมิได้มุ่งสื่อสารกับพลเมืองทุกคนอย่างทั่วถึงแต่มุ่งสื่อสารกับนักกฎหมายอาชีพเท่านั้นด้วยเหตุที่ว่าประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันถูกจัดทำขึ้นอย่างจงใจหลีกเลี่ยงมิให้บุคคล

สามัญทำความเข้าใจได้สะดวกและไม่เปิดโอกาสให้ผู้อ่านเรียนรู้ได้โดยง่าย กล่าวอีกนัยหนึ่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมิได้บัญญัติเนื้อหากฎหมายในลักษณะที่มุ่งแก้ไขปัญหาเฉพาะเรื่องด้วยการวางหลักกฎหมายที่ชัดเจนและเป็นรูปธรรม แต่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันตลอดทั้งฉบับได้บรรจุหลักกฎหมายที่เป็นนามธรรมสูงทั้งด้านแนวคิดและการใช้ถ้อยคำภาษาอันทำให้คนธรรมดาสามัญไม่อาจทำความเข้าใจได้โดยง่ายและบ่อยครั้งที่นักกฎหมายต่างชาติประสบปัญหาไม่อาจทำความเข้าใจได้อย่างถูกต้อง อย่างไรก็ตามหากบุคคลฝึกฝนจนคุ้นเคยและชำนาญย่อมเกิดความเคารพเลื่อมใสในคุณค่าและความนิยมชมที่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนำเสนออย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้⁸⁴ เนื่องจากการจัดทำที่จิตใจไม่เลือกใช้ถ้อยคำที่มีความหมายลึกซึ้งซึ่งทำให้ปราศจากอารมณ์เชิงวรรณกรรมแต่มีความแม่นยำและไม่สับสน อีกทั้งมีความครบถ้วนความสมบูรณ์จนสามารถที่จะปลูกชีวิตให้ถ้อยคำและทำให้ชัดเจนยิ่งขึ้นได้ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจึงมิใช่งานวรรณกรรมที่ยอดเยี่ยมแต่เป็นเครื่องคำนวณทางกฎหมายชั้นยอด (legal calculating machine par excellence) และถือเป็นตัวอย่างของประมวลกฎหมายเอกชนที่มีคุณค่าสูงและมีตรรกะด้านภาษากฎหมายยอดเยี่ยมที่สุด (the most precise and logical legal language of all time)

ทั้งนี้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้แบ่งแยกเนื้อหาออกเป็นทั้งหมด 5 บรรพ (five books) ตามแนวทางการศึกษาของ *pendectist* ซึ่งประกอบด้วยบรรพที่หนึ่งว่าด้วยหลักทั่วไป (General Part) บรรพที่สองว่าด้วยหนี้ (Law of Obligation) บรรพที่สามว่าด้วยทรัพย์สิน (Law of Property) บรรพที่สี่ว่าด้วยครอบครัว (Law of Family) และสุดท้ายบรรพที่ห้าว่าด้วยมรดก (Law of Succession) นอกจากนี้ยังประกอบไปด้วยพื้นฐานความคิดที่แบ่งแยกบุคคลสิทธิ (personal rights) อันซึ่งว่าด้วยการบังคับใช้สิทธิเหนือบุคคลอื่น และสิทธิเหนือทรัพย์สิน (real rights) อันซึ่งว่าด้วยการกล่าวอ้างสิทธิเหนือทรัพย์สินต่อบุคคลภายนอกที่ไม่ส่วนเกี่ยวข้องนั้น ออกจากกันอย่างชัดเจนอันเป็นหลักคิดที่ได้รับอิทธิพลโดยตรงจากกฎหมายโรมัน ดังนั้นปัญหาที่ว่าผู้ซื้อตามสัญญาซื้อขายจะสามารถเรียกให้ผู้ขายส่งมอบสินค้า (delivery) เมื่อใดและอย่างไรนั้นจำเป็นต้องปรับใช้ด้วยหลักกฎหมายว่าด้วยหนี้ หนี้ (Law of Obligation) ตามที่ถูกจัดวางโครงสร้างไว้ในบรรพที่สอง (Book II) ส่วนปัญหาว่ากรรมสิทธิ์ (ownership) ในทรัพย์สินจะโอนจากผู้ขายไปสู่ผู้ซื้อเมื่อใดและอย่างไรนั้นจำเป็นต้องปรับใช้ด้วยหลักกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน (Law of Property) ซึ่งจัดอยู่ในบรรพที่สาม (Book III)⁸⁵

บรรพที่หนึ่ง (Book I) ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้กำหนดหลักพื้นฐานที่จะนำไปใช้แก่หลักกฎหมายเอกชนทั้งระบบ เช่น บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล นอกจากนี้ยังมีหลักทั่วไปในการก่อนิติสัมพันธ์ของบุคคลซึ่งไม่เคยมีในประมวลกฎหมายฉบับใดมาก่อน เช่น นิติกรรม

⁸⁴ *Ibid.*, p. 144.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 145

(legal acts) ซึ่งมีความเป็นนามธรรมสูงอย่างมากและมีความหมายกว้างขวางเกินความครอบคลุมถึงสัญญาทุกประเภท นอกจากนี้หลักนิติกรรมยังปรับใช้แก่การแสดงเจตนา (the making of will) และการบอกกล่าวเพื่อยุติหรือเลิกสัญญา (terminate or rescind a contract) นอกจากนี้ยังได้มีหลักความไม่สมบูรณ์ของนิติกรรม (voidability) ที่เกิดจากความสำคัญผิด กลฉ้อฉลหรือข่มขู่ หรือกรณีความบกพร่องเรื่องความสามารถที่ใช้สำหรับนิติกรรมและการแสดงเจตนาทุกประเภทโดยถือเป็นข้อยกเว้นที่กำหนดไว้ในหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญา (Law of Contract)⁸⁶ สำหรับระบบกฎหมายสัญญา (Law of Contract) ได้รับอิทธิพลจากแนวคิดของคนชนชั้นกลางที่เห็นว่าคู่กรณีที่ทำสัญญาคือบุคคลที่มีเสรีภาพและเท่าเทียมกันซึ่งสะท้อนหลักเสรีภาพในการทำสัญญา บุคคลไม่ว่าเป็นเจ้านายหรือบ่าว นายจ้างหรือลูกจ้างย่อมสามารถตัดสินใจอย่างอิสระและต้องรับผิดชอบในผลของการทำสัญญา และสัญญาที่สร้างขึ้นสมบูรณ์เนื่องจากคู่สัญญามีอำนาจตัดสินใจโดยสมบูรณ์ (sound judgment) ทั้งนี้อาจมีข้อจำกัดบางประการที่ทำให้เสรีภาพในการทำสัญญาต้องด้อยคุณค่าและทำให้สัญญาไม่สมบูรณ์ (void) เช่น สัญญาถูกทำขึ้นโดยฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี (*contra bonos mores*) ตามมาตรา 138 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน หรือได้ทำขึ้นโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฉวยโอกาสแสวงหาประโยชน์อันมิชอบ (exploit) เหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ (plight) หรือด้อยประสบการณ์ (inexperience) หรือบกพร่องในเรื่องตัดสินใจที่สมบูรณ์ (lack of sound judgment) ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ท้ายที่สุดอิทธิพลของแนวคิดรัฐแห่งชนชั้นกลาง (bourgeois state) ต้องหลีกให้กับอุดมการณ์ประชาธิปไตยสังคมนิยม (social democracy) ที่ต้องการส่งเสริมให้พลเมืองทุกคนมีความเป็นอยู่ขั้นพื้นฐานที่ดีและต้องคุ้มครองบุคคลที่ด้อยกว่าในทางเศรษฐกิจถือเป็นหน้าที่สำคัญของรัฐที่มีแนวคิดเช่นนั้นที่ต้องสร้างคามยุติธรรมในสังคมและการเข้าแทรกแซงระบบเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ทั้งนี้ระบบโครงสร้างกฎหมายเอกชนที่เชื่อมโยงต่อเนื่อง (interlocking rule) ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันไม่อาจทำให้คุ้มครองปัจเจกบุคคลตามแนวทางประชาธิปไตยสังคมนิยมได้อย่างมีประสิทธิภาพ ด้วยเหตุนี้ทำให้เกิดการพัฒนากฎหมายนอกระบบประมวลกฎหมาย (law outside the Code) และนอกจากนี้ศาลเยอรมันได้นำหลักความซื่อสัตย์และไว้วางใจ (*Treu und Glauben*) ตามมาตรา 242 เข้ามาปรับใช้เพื่อแก้ไขปัญหาคำคัญในทางเศรษฐกิจและสร้างความเป็นธรรมในสังคมหลายครั้ง เช่น ภายหลังสงครามโลกครั้งที่เกิดวิกฤติการเงินครั้งใหญ่ของเยอรมันที่อัตราเงินเฟ้อพุ่งสูงอย่างมากและอีกครั้งในช่วงสงครามโลกครั้งที่สองและเหตุการณ์สูญเสียเยอรมันตะวันออกซึ่งทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอัตราแลกเปลี่ยนของเยอรมันเป็นต้น เห็นได้ว่าหลักปัจเจกบุคคลนิยมในทางสัญญาดั้งเดิมของเยอรมันได้ถูกทำให้มีคุณภาพดีขึ้นด้วยหลักการใหม่ที่ดั่งบนหลักสุจริต (good faith) ซึ่งศาลเยอรมันได้พัฒนาขึ้นอันได้แก่ หลัก

⁸⁶ *Ibid.*, pp. 146-147.

‘*clausula rebus sic stantibus*’ ซึ่งปรับใช้แก่ที่เกิดการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากซึ่งรากฐานของสัญญาที่ดี หลักการใช้สิทธิอย่างไม่เหมาะสม (improper exercise of right) หลัก ‘*Venire contra factum proprium*’ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายปิดปากที่สุจริตชนจะถือเอาประโยชน์จากการกระทำที่ขัดแย้งกับพฤติการณ์ครั้งก่อนมิได้ หรือหลัก ‘*Verwirkung*’ ซึ่งเป็นหลักการเสื่อมเสียไปซึ่งสิทธิ (forfeiture of right) ซึ่งถือเป็นอีกแขนงหนึ่งของหลัก ‘*Venire contra factum proprium*’ เนื่องจากผู้ใช้สิทธิละเลยมิได้โต้แย้งสิทธิของตนจนล่วงเลยเวลาอันสมควรซึ่งแม้ว่าจะอยู่ในอายุความก็ตาม⁸⁷

2.2.4.4 พัฒนาการของหลักกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญาในประเทศเยอรมัน

วัตถุประสงค์หลักของการเลิกสัญญาคือการยินยอมให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีได้ผิดสามารถยุติผลของสัญญา (withdraw from the contract) ได้หากอีกฝ่ายกระทำผิดต่อหน้าที่ตามสัญญา และข้อกล่าวอ้างในการโต้แย้งต่อการต้องผูกพันตามข้อสัญญามีได้เกิดขึ้นจากการที่สัญญาไม่สมบูรณ์ แต่เป็นการทำให้ตนเองหลุดพ้นจากหน้าที่ในการชำระหนี้ตอบแทน (to be released from the obligation of counter-performance)⁸⁸ และการเลิกสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันบัญญัติให้การเลิกสัญญาต้องเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญาโดยบอกกล่าวแสดงเจตนาเลิกสัญญาต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายว่าตนประสงค์ที่จะใช้สิทธิเลิกสัญญา⁸⁹

ทั้งนี้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันศ.ศ. 1900 ก่อนการปรับปรุงแก้ไข ยอมรับให้มีการใช้สิทธิเลิกสัญญาจากคู่สัญญาฝ่ายเดียวโดยอาศัยเหตุสำคัญที่บัญญัติอยู่หลักกฎหมายทั่วไป (General Part) ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันทั้งหมดสองประการเท่านั้น ประการหนึ่งเป็นกรณีที่ถูกหน้ชำระหนี้ล่าช้า (delay) และประการที่สองกรณีการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัย (impossibility) เท่านั้น ส่วนการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามสัญญาในกรณีอื่นๆ ที่ไม่อาจจัดเข้ากรณีการชำระหนี้ล่าช้าและการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยนั้นต้องปรับใช้ด้วยหลักกฎหมายเฉพาะ (special rule) ที่กำหนดอยู่ในเอกเทศสัญญาอันมีลักษณะที่จำกัดยังอันได้แก่ หลักการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง (non-conforming performance) หรือ ‘*Schlechtleistung*’ ซึ่งได้รับอิทธิพลจากกฎหมายสัญญาโรมันที่

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 149-150.

⁸⁸ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, The German Law of Contract: A Comparative Treatise, 2nd Edition (Oregon: Hart Publishing, 2006) p. 419.

⁸⁹ G.H. Treitel, Remedies For Breach of Contract : A Comparative Account, 3rd Edition (Oxford: Clarendon Press, 1991) p. 327.

มุ่งบังคับใช้ภายในขอบเขตของกฎหมายว่าด้วยลักษณะซื้อขาย (contract of sale) เท่านั้น⁹⁰ และอีกทั้งคู่สัญญาที่ใช้สิทธิเลิกสัญญาต้องตัดสินใจเลือกกระหว่างการใช้สิทธิเลิกสัญญากับการเรียกค่าสินไหมทดแทน (damages) เนื่องจากการเลิกสัญญาย่อมมีผลทำให้คู่กรณีถูกตัดสิทธิในการเรียกค่าเสียหายตามสัญญา⁹¹

สำหรับภายหลังการปรับปรุงแก้ไข (reform) ประมวลกฎหมายเยอรมัน ค.ศ. 2002 นั้น หลักการผิดหน้าที่ (breach of duty) หรือ ‘Pflichtverletzung’ ตามที่กำหนดในมาตรา 280 และหลักการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง (non-conforming performance) ในมาตรา 323 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ถือเป็นแกนหลักสำคัญในกระบวนการปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเพื่อจุดประสงค์ที่จะให้ครอบคลุมแก่กรณีการชำระหนี้ที่ผิดปกติในทุกประเภท (the basis of all irregularities of performance) ที่อาจเกิดขึ้นได้ตามกฎหมายเยอรมันในปัจจุบัน⁹² และแบ่งแยกรูปแบบการชำระหนี้ที่ผิดปกติออกเป็นสามประการอันได้แก่ ประการที่หนึ่งเป็นกรณีที่ถูกหนี้ฝ่าฝืนหรือผิดหน้าที่ในการชำระหนี้ (breach of the duty of performance) ซึ่งรวมเอาหน้าที่ของลูกหนี้ในปฏิบัติชำระหนี้ด้วยการกระทำการและงดเว้นการกระทำใดๆ ตามสัญญาไว้ทั้งหมด หากแต่ลูกหนี้มิได้กระทำทั้งที่สามารถกระทำได้ เช่น การชำระหนี้ล่าช้า และอื่นๆ เป็นต้น ประการที่สองเป็นกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เพราะไม่อาจจะกระทำได้ เช่น การชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัย และอื่นๆ เป็นต้น และประการที่สามเป็นกรณีที่ลูกหนี้ผิดหน้าที่ซึ่งต้องใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ (breach of the protective duty) ซึ่งถือเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ข้างเคียงหรือหนี้อุปกรณ์ (auxiliary protective duty) ที่แม้จะไม่ใช่เหตุผลสำคัญในการเข้าทำสัญญาของคู่กรณีแต่ในบางกรณีการผิดหน้าที่ข้างเคียงดังกล่าวส่งผลกระทบโดยตรงต่อการปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญา และได้ยกฐานะหลักการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง (non-conforming performance) ที่แต่เดิมเป็นเพียงหลักกฎหมายเฉพาะในเอกเทศสัญญาให้ขึ้นเป็นส่วนหนึ่งของหลักทั่วไปว่าด้วยเรื่องการผิดหรือฝ่าฝืนต่อหน้าที่ตามสัญญา (breach of contractual duty) เทียบเท่ากับการชำระหนี้ล่าช้าและการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยซึ่งสองเรื่องนี้เป็นรับรู้และเข้าใจกันแต่เดิม⁹³ และแก้ไขความไม่สอดคล้องกันในเรื่องการเลิกสัญญาที่ต้องถูกต้องสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนให้คู่สัญญาที่มีได้เป็นฝ่ายผิดสามารถเลิกสัญญาและเรียกค่าสินไหม

⁹⁰ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 88, p. 380.

⁹¹ *Ibid.*, p. 388.

⁹² *Ibid.*, p. 379.

⁹³ *Ibid.*, pp. 386-387.

ทดแทนไปพร้อมกันได้⁹⁴ และด้วยเหตุที่กระบวนการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันดังกล่าวทำให้สิทธิในการเลิกสัญญา (right of termination) มีความสัมพันธ์กับเรื่องการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง (non-conforming of performance) และทำให้อาจกล่าวได้ว่าการเลิกสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมันไม่จำเป็นต้องขึ้นอยู่กับความผิดของลูกหนี้ (the fault of guilty party) เพื่อให้เป็นเงื่อนไขในการเลิกสัญญาอีกต่อไป (fault is not a pre-requisite to a claim to terminate the contract)⁹⁵ เว้นแต่ในเรื่องความรับผิดในค่าสินไหมทดแทนที่ยังคงขึ้นอยู่กับหลักความผิดอยู่ (liability in damages is still fault-dependant)⁹⁶

การใช้สิทธิเลิกสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมันจะมีผลสมบูรณ์โดยไม่จำเป็นต้องได้รับการยืนยันใดๆ จากศาล (be pronounced by the court) ซึ่งแตกต่างจากระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่การเลิกสัญญาจำเป็นต้องมีการกลั่นกรองจากศาลฝรั่งเศสเสียก่อน การบอกเลิกสัญญาของระบบกฎหมายเยอรมันนั้นจึงมีความคล้ายคลึงกับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (common law system) มากกว่าระบบกฎหมายฝรั่งเศส⁹⁷ ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าการใช้สิทธิเลิกสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นต้องการการกระทำจากเจ้าหนี้ (act of creditor) ไม่ใช่ศาล (not of the court)⁹⁸

2.3 การรับหลักกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญาเข้าสู่ระบบกฎหมายไทย

ประเทศไทยประสบความสำเร็จในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 ที่มีลักษณะ ‘pandect code’ ตามแบบประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ.1900 และสามารถประกาศใช้บังคับ บรรพ 1 และ 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ภายในระยะเวลาอันสั้น ซึ่งคณะกรรมการร่างกฎหมายที่มีพระยามานวราชเสวี (ปลอด วิเชียร ณ สงขลา) เป็นแรงผลักดันสำคัญที่นำเสนอประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ค.ศ.1898 เป็นต้นแบบเพื่อจัดทำร่างประมวล

⁹⁴ *Ibid.*, p. 420.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 388, 420.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 388.

⁹⁷ *Ibid.*,

⁹⁸ G.H. Treitel, *supra* note 89, p. 329.

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 จนเป็นผลสำเร็จ⁹⁹ อย่างไรก็ตามก่อนที่จะมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.2468 ประเทศสยามเคยมีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่ก่อนฉบับหนึ่งเมื่อราวปีพ.ศ.2466 โดยคณะกรรมการร่างกฎหมายชาวฝรั่งเศสที่มียอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) เป็นที่ปรึกษาการร่างกฎหมายแต่ไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควรเนื่องจากปัญหาการทำความเข้าใจของขุนศาล ตระลาการ แม้ว่าเมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน พ.ศ.2466 ได้มีการประกาศพระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 1 และ 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับ พ.ศ.2466 ต่อมาเมื่อมีการประกาศให้เลื่อนการบังคับใช้ไปอีกระยะหนึ่ง แต่ท้ายที่สุดในวันที่ 11 พฤศจิกายน พ.ศ.2468 ก็ได้มีการประกาศพระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 และ 2 ที่ได้ตรวจชำระใหม่ โดยให้ยกเลิกบทบัญญัติบรรพ 1 และ 2 ซึ่งได้เคยประกาศไว้ เสียทั้งหมดและให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 1 และ 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่แทน และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับที่ได้ตรวจชำระใหม่นั้นเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีผลใช้บังคับอย่างยาวนานจนถึงปัจจุบัน

2.3.1. การเริ่มต้นปฏิรูประบบกฎหมายสมัยใหม่

สนธิสัญญาเบาว์ริง (Bowring Treaty) ระหว่างไทยกับบริเตนในราวปีพ.ศ.2398 ข้อตกลงสิทธิทางการค้าแก่บริเตนและก่อตั้งศาลกงสุลให้มีอำนาจพิจารณาคดีของคนบริติชในราชอาณาจักรไทยและกลายเป็นต้นแบบให้ชาติตะวันตกขอทำสนธิสัญญาลักษณะเดียวกันซึ่งทำให้สยามเสียเปรียบอย่างมากเนื่องจากสนธิสัญญาเหล่านั้นไม่มีกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดเอาไว้ อีกทั้งชาติมหาอำนาจคู่สนธิสัญญาได้ขยายการบังคับใช้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตไปให้แก่คนชาติอื่นที่อยู่ในสังกัดตนหรือที่ตนเข้ายึดครองและเกิดมีปัญหาการซื้อขายสิทธิการเป็นบุคคลในสังกัดชาติคู่สนธิสัญญาเพื่อให้รอดพ้นจากเขตอำนาจศาลและกระบวนการยุติธรรมของไทยอีกด้วย¹⁰⁰ ปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตสร้างความหนักใจให้แก่รัฐบาลไทยยิ่ง และปีพ.ศ.2441 ประเทศสยามได้ลงนามสนธิสัญญาอีกครั้งกับประเทศญี่ปุ่น แต่สนธิสัญญากับญี่ปุ่นครั้งนั้นมีลักษณะที่แตกต่างจากที่เคยทำกับชาติตะวันตกอื่นโดยมีข้อกำหนดให้อำนาจศาลกงสุลญี่ปุ่นสิ้นสุดหากไทยจัดทำประมวลกฎหมายหลัก อาทิจา อาญา แพ่ง วิธีพิจารณาความอาญา วิธีพิจารณาความแพ่ง และพระธรรมนูญศาลยุติธรรม

⁹⁹ โปรตดู มุนินทร์ พงศาปาน, “ความเข้าใจผิดขั้นพื้นฐานในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468,” วารสารนิติศาสตร์, เล่มที่ 4, ปีที่ 42, น. 738-774. (ธันวาคม 2556)

¹⁰⁰ Francis Bowes Sayre, “The Passing of Extraterritoriality in Siam,” American Journal of International Law 22, p. 70 (Jan 1968), อ้างถึงใน เฟื่องอ้าง, น. 741.

เป็นผลสำเร็จและถือเป็นแนวทางให้ไทยนำไปเจรจาต่อรองขอแก้ไขสนธิสัญญากับชาติตะวันตกให้ สิ้นสุดสิทธิสภาพนอกอาณาเขต¹⁰¹ ภัยจากการล่าอาณานิคมและปัญหาการถูกลิดรอนเอกราชทางการ ศาลทำให้พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงทรงโปรดเกล้าฯ ให้มีการปฏิรูประบบกฎหมาย อย่างเร่งด่วนและอาศัยคำแนะนำจากเจ้าพระยาอภัยราชาสยามมานุกูลกิจ (โรแลนด์ ยัคแมงส์) ที่ บริหารราชการแผ่นดินทั่วไปชาวเบลเยียมและพระเจ้าลูกยาเธอพระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์กรมหลวง ราชบุรีดิเรกฤทธิ์ซึ่งสำเร็จการศึกษากฎหมายจากประเทศอังกฤษและรั้งตำแหน่งเสนาบดีกระทรวง ยุติธรรม โดยการเริ่มต้นจากการก่อตั้งโรงเรียนสอนกฎหมาย¹⁰² ระยะแรกนั้นกรมหลวงราชบุรีดิเรก ฤทธิ์ทรงสอนกฎหมายด้วยพระองค์เองตามแนวทางของระบบกฎหมายจารีตประเพณี (common law) ที่มีประเทศอังกฤษเป็นต้นแบบ¹⁰³ ช่วงแรกนั้นเมื่อเกิดปัญหาเฉพาะหน้าได้นำกฎหมายอังกฤษ เข้าปรับใช้แก้คดีเสมือนหนึ่งว่าเป็นกฎหมายของสยาม เช่น หลักกฎหมายเรื่องสินจ้าง (consideration) หรือหลักกฎหมายปิดปาก (estoppel) เป็นต้น¹⁰⁴ ต่อมากฎหมายอังกฤษได้ลด ความสำคัญลงเนื่องด้วยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงมีพระบรมราชวินิจฉัยว่า ประเทศสยามจะดำเนินการปฏิรูปกฎหมายให้เป็นไปในแนวทางของระบบกฎหมายแบบภาคพื้นทวีป ยุโรป ดังใจความตอนหนึ่งที่ปรากฏตามหนังสือกรมพระสวัสดิวัดนวิศิษฎ์กราบบังคมทูลในหลวงรัชกาล ที่ 6 เกี่ยวกับการจัดทำประมวลกฎหมายว่า “เพราะว่าการที่จะเอาจารีตธรรมอันเป็นพื้นประเพณีบ้าง เมืองมาทำประมวลเป็นบทเป็นหมวดลงได้นั้นมิใช่ง่าย นิติบัณฑิตในสำนักอังกฤษแลอเมริกาเองก็ยัง แก่งแย่งกัน มีอาจเห็นปรองดองกันได้ มิพักต้องกล่าวถึงว่าจะประสบความสำเร็จทันตาเห็นฯ พระบาทสมเด็จพระพุทธเจ้าหลวงผู้ทรงปัญญานานหยั่งเห็นกาลไกลไกล ทรงพระราชดำริหังได้ซึ่ง เสียในวิธีกฎหมายทั้ง 2 นั้นแล้ว พระราชทานพระราชวินิจฉัยไว้เป็นเด็ดขาดว่าพระราชกำหนดกฎ หมายแห่งประเทศเราอันโบราณกระษัตริราชเจ้าได้ทรงบัญญัติว่าสืบๆ มา มีบทมาตราเป็นลักษณะ

¹⁰¹ เพิ่งอ้าง.

¹⁰² รายละเอียดโปรดดู แสงว บัญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2548)

¹⁰³ พระเจ้าพี่ยาเธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, เล็คเชอร์, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ โสภณพิพรรฒธนากร, 2468) น. 138-140, อ้างถึงใน แสงว บัญเฉลิมวิภาส, เพิ่งอ้าง, น. 201

¹⁰⁴ คำพิพากษา 352 ปี ร.ศ.119 ศาลวินิจฉัยโดยอาศัยหลักกฎหมายเรื่องสินจ้าง โดย ถือว่าทุนที่บิดามารดาหญิงรับว่าจะให้นั้น หากเปนของกำนันไม่ เพราะทุนฝ่ายชายเป็นสินจ้างอยู่แล้ว; คำพิพากษา 62 ปี ร.ศ.121 ศาลวินิจฉัยว่า การที่ฝ่ายหนึ่งให้ตัวส่งจ่ายเงิน ฝ่ายหนึ่งให้แบบใบอนุญาต ขนสุรา เรียกว่ามีสินจ้างพอตามกฎหมายฟ้องร้องได้แล้ว ถึงใบอนุญาตขนสุราจะไม่มีราคาอะไรนั้นก็ ได้ , อ้างถึงใน แสงว บัญเฉลิมวิภาส, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 102, น. 199

หมวดหมู่เป็นทำนองเดียวกันกับวิธีกฎหมายประมวลธรรม System of Codified ซึ่งใช้อยู่ในคอนติเนนตนั้น ถ้าจะคุมเข้ากันแลผ่อนผันแก้ไขก็จะลงกันได้โดยสะดวก จึงได้ดำรัสให้กรรมการฝรั่งเศสซึ่งร่างประมวลกฎหมายนี้คงทำการต่อมาได้เปลี่ยนแปลง แลกกฎหมายสยามนับวันจะน้อยลงในทำนองวิธีประมวลธรรมอันจารึกลิขิตอยู่ยั่งยืน”¹⁰⁵ การยกร่างประมวลกฎหมายของสยามจึงเป็นตามแนวทางระบบซีวิลลอว์ (civil law system) นับแต่นั้นมาโดยเริ่มต้นจากจัดทำประมวลกฎหมายอาญาเป็นลำดับแรก และต่อมานายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) ชาวฝรั่งเศสได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาในการร่างกฎหมายและรับหน้าที่ประธานคณะกรรมการร่างโดยนำร่างเดิมซึ่งเป็นงานของคณะกรรมการร่างชุดก่อนมาปรับปรุงแก้ไขและเปรียบเทียบกฎหมายอาญาต่างชาติที่สำคัญและคำนึงถึงหลักกฎหมายอาญาของไทย คำพิพากษา และแนวปฏิบัติของศาลไทย¹⁰⁶ จนกระทั่งปีพ.ศ.2451 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ได้ถูกประกาศใช้อย่างเป็นทางการและถือเป็นประมวลกฎหมายสมัยใหม่ฉบับแรกของไทย

2.3.1.1 การจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2466

เมื่อกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 เสร็จสิ้น นายยอร์ช ปาดูซ์ได้รับหน้าที่ยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ต่อทันที โดยมีนายเรอเน่ กียอง (René Guyon) เป็นหนึ่งกรรมการร่างกฎหมาย แต่การจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ต้องชะงักอีกครั้งในปีพ.ศ.2456 เมื่อนายยอร์ช ปาดูซ์เดินทางกลับประเทศฝรั่งเศสเนื่องจากเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่ 1 โดยนายยอร์ช ปาดูซ์ได้แนะนำนายเดอแรสเตรให้รับหน้าที่แทนตนแต่นายเดอแรสเตรกลับไม่มีความสามารถเพียงพอทำให้โครงร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกิดความสับสนและล่าช้าอย่างมาก ความล่าช้ายังคงดำเนินไปอย่างต่อเนื่องแม้ว่ารัฐบาลไทยจะแต่งตั้งนักกฎหมายทั้งชาวไทยและชาวต่างชาติหลายท่าน

¹⁰⁵ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, กจช. รัชกาลที่ 5, กย 1/43 เรื่องโรงเรียนกฎหมาย, หนังสือของกรมพระสวัสดิวัดนวิศิษฎ์กราบบังคมทูลในหลวงรัชกาลที่ 6 เกี่ยวกับการจัดทำประมวลกฎหมาย ลงวันที่ 15 มีนาคม พ.ศ.2456, อ้างถึงใน กิตติศักดิ์ ปรกติ, การปฏิรูประบบกฎหมายไทย ภายใต้อิทธิพลยุโรป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549) น. 115, และดู แสง บัญ เฉลิมวิภาส, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 102*, น. 204.

¹⁰⁶ George Padoux, Report on the Proposed Panel Code for the Kingdom of Siam Submitted to His Royal Highness Prince Rajburi Direckrit, Minister of Justise (Ministry of Justice 1906) 4, อ้างถึงใน มุนินทร์ พงศาปาน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 99*, น. 743.

เพื่อมาทำหน้าที่ก็ตาม แต่การร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กินไปเวลานานกว่า 10 ปี และใช้งบประมาณมหาศาลโดยที่ไม่มีทีท่าว่าจะแล้วเสร็จ¹⁰⁷

จุดเปลี่ยนของกระบวนการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกิดขึ้นในราวปี พ.ศ.2462 เมื่อพระยามานวราชเสวี (ปลอด วิเชียร ณ สงขลา) ซึ่งสำเร็จการศึกษากฎหมายจากประเทศอังกฤษและเป็นเนติบัณฑิตอังกฤษได้รับการแต่งตั้งเป็นเลขานุการคณะกรรมการร่างกฎหมาย และทำหน้าที่ตรวจสอบและแปลต้นร่างบรรพ 1 และ 2 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2466 ซึ่งตามคำบอกเล่าของพระยามานวราชเสวีมีความเห็นต่อร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของคณะกรรมการร่างกฎหมายชาวฝรั่งเศสว่า “อ่านร่างกฎหมายแล้วก็รู้สึกว่าจะไม่เข้าใจ เขียนกฎหมายไม่กินเกลียวกัน” แต่ก็ได้คัดค้านโดยเปิดเผยและนำทูลเกล้าถวายพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว เชื้อพระวงศ์ชั้นสูง ข้าราชการชั้นผู้ใหญ่และคณะตุลาการ ต่อมา มีการแต่งตั้งคณะกรรมการเจ้านายชั้นสูงเพื่อทำหน้าที่ตรวจถ้อยคำแก้ร่างคำแปลภาษาไทยของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งจากคำบอกเล่าของพระยามานวราชเสวีกล่าวว่าผู้ที่ได้อ่านร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งได้แปลเป็นภาษาไทยต่างมีความเห็นว่า “ใครต่อใครอ่านก็ไม่เข้าใจ อ่านยากมาก”¹⁰⁸ ต่อมาคณะกรรมการเจ้านายชั้นสูงจึงให้จัดพิมพ์แจกจ่ายให้แก่บรรดาผู้พิพากษา ทนายความ และผู้ที่ใช้กฎหมายได้ทดลองอ่านทำความเข้าใจเสียก่อน เมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน พ.ศ.2466 รัฐบาลสยามได้ประกาศพระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 1 และ 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับพุทธศักราช 2466 โดยกำหนดให้มีผลใช้บังคับในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2467 แต่เมื่อถึงกำหนดมีผลใช้บังคับกลับมีการประกาศให้เลื่อนการบังคับใช้ออกไปอีกระยะหนึ่งเนื่องจากการรวบรวมข้อคิดเห็นและข้อวิจารณ์ที่มีต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับดังกล่าวและเตรียมปรับปรุงแก้ไขร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เสียใหม่ทั้งหมด กระทั่งเมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน พ.ศ.2468 มีประกาศพระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 และ 2 ที่ได้ตรวจชำระใหม่¹⁰⁹ โดยให้ยกเลิกบทบัญญัติบรรพ 1 และ 2 ที่เคยประกาศไว้ทั้งหมดและ

¹⁰⁷ ชาญชัย แสงวงศ์ดี, อิทธิพลของกฎหมายฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมายไทย, (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2539) น. 54-55, อ้างถึงใน แสง บุญเฉลิมวิภาส, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 102, น. 237.

¹⁰⁸ ภาควิชานิติศึกษาทางสังคม ปรัชญา และประวัติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, บันทึกคำสัมภาษณ์พระยามานวราชเสวี (ปลอด วิเชียร ณ สงขลา), พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2557) น. 20-21.

¹⁰⁹ ราชกิจจานุเบกษา, พระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 และ 2 ที่ได้ตรวจชำระใหม่, เล่มที่ 42, วันที่ 11 พฤศจิกายน พ.ศ.2468, น. 1-2.

ให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 1 และ 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่แทนและมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2468 เป็นต้นไป

เหตุแห่งการยกเลิกบทบัญญัติบรรพ 1 และ 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับ พ.ศ.2466 สืบเนื่องปัญหานักกฎหมายในช่วงเวลานั้นอ่านไม่รู้เรื่อง ไม่เข้าใจและมีการวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวางจนทำให้ต้องมีการตรวจชำระบรรพ 1 และ 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใหม่ แม้จะเคยจัดทำคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งฉบับ “สามพระยา” ที่จัดทำโดยพระยามานวราชเสวี พระยาเทพวิทูรพหุลศุทธาบดีและพระยาจินดาภิรมย์เพื่อให้ นักกฎหมายและผู้สนใจศึกษาทำความเข้าใจก่อนที่จะมีผลใช้บังคับก็ตาม ซึ่งความรู้สึกไม่ค่อยเข้าใจนั้นคาดว่าเกิดจากปัญหาเรื่ององค์ความรู้และการพัฒนาข้อความคิดและศัพท์กฎหมายให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน กล่าวคือเป็นปัญหาการเข้ากันไม่ได้ระหว่างความรู้และวัฒนธรรมกฎหมายที่มีอยู่เดิมกับข้อความคิดและวัฒนธรรมทางกฎหมายที่พัฒนาขึ้นใหม่¹¹⁰ ซึ่งเรื่องดังกล่าวสอดคล้องกับกรณีที่นายยอร์ช ปาดูซ์ เคยได้ทำบันทึกว่าด้วยข้อกัณฑ์ต่อการเรียนการสอนกฎหมายในสยามเมื่อวันที่ 5 ธันวาคม พ.ศ.2458 ทูลเสนอต่อหม่อมเจ้าจุลจอมเกล้า กฤษฎาการ ผู้รั้งตำแหน่งเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมขณะนั้นมีใจความสำคัญว่า “บันทึกมองซิเออร์ปาดูซ์เรื่องเรื่องประมวลกฎหมายสำเร็จ จะไม่มีผู้เข้าใจใช้ประมวลกฎหมายนั้น” โดยนายยอร์ช ปาดูซ์เห็นว่าการเรียนการสอนกฎหมายในสยามเป็นปัญหาเรื้อรัง แม้ว่าสยามจะตัดสินใจเลือกปฏิรูประบบกฎหมายตามแนวทางระบบกฎหมายภาคพื้นทวีปแล้วแต่ผู้พิพากษายามมักได้รับการศึกษาจากโรงเรียนสอนกฎหมายที่สอนโดยนักกฎหมายชาวสยามซึ่งสำเร็จการศึกษาจากประเทศอังกฤษหรือบางคราวสอนโดยนักกฎหมายชาวอังกฤษตามแนวทางคอมมอนลอว์ (common law) ผู้พิพากษายามเหล่านั้นได้รับการศึกษาจนสำเร็จจากการอ่านตำรากฎหมายอังกฤษและคนที่ยอดเยี่ยมจะถูกส่งไปศึกษากฎหมายที่ประเทศอังกฤษและสุดท้ายจะได้เป็นเนติบัณฑิตอังกฤษที่มีความเชี่ยวชาญคอมมอนลอว์ แต่ทั้งนี้เป็นที่รู้กันดีว่าระบบกฎหมายทั้งสองระบบมีความแตกต่างกันทั้งเนื้อหาและการใช้การตีความกฎหมายก็แตกต่างกัน¹¹¹

สืบค้นเมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2561, http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2468/A/1_1.PDF

¹¹⁰ กิตติศักดิ์ ปรกติ, บทสัมภาษณ์พิเศษ “ประวัติศาสตร์การร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย,” วารสารนิติศาสตร์, เล่มที่ 4, ปีที่ 42, น. 689-690 (ธันวาคม 2556)

¹¹¹ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, ๖.๒ เอกสารกระทรวงยุติธรรม รัชกาลที่ 6 เรื่องประมวลกฎหมายสำเร็จควรจะคิดเรื่องสอนนักเรียนกฎหมายอย่างธรรมเนียมคอนติเนนต์ (11 มกราคม 2453 – 22 มกราคม 2453), อ้างถึงใน อานนท์ มาเฝ้า, “ข้อสังเกตระหว่างการร่าง

2.3.1.2 การจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.2468

เงื่อนไขที่รัฐบาลสยามตกลงกับรัฐบาลฝรั่งเศสเพื่อแลกกับการแก้ไขสนธิสัญญาระหว่างสยามกับฝรั่งเศสคือ สยามต้องยกฐานะองค์กรร่างกฎหมายขึ้นเป็นหน่วยงานระดับกรมสังกัดกระทรวงยุติธรรม ด้วยเหตุนี้กรมร่างกฎหมายจึงถูกจัดตั้งขึ้นโดยมีคณะกรรมการร่างกฎหมายทำหน้าที่ร่างกฎหมายและรับผิดชอบภารกิจที่เกี่ยวข้อง¹¹² คณะกรรมการร่างชุดแรกที่เข้าทำหน้าที่ตรวจชำระร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกอบด้วย เจ้าพระยาอภัยราชาธิบดีธรรมธรในฐานะเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมได้รับแต่งตั้งให้เป็นนายกกรรมการ นายเรอเน่ กียอง (Rene Guyon) อดีตหัวหน้ากรรมการร่างกฎหมายได้รับแต่งตั้งเป็นที่ปรึกษาฯ และพระยานเรนดิบัญชากิจพระยาจินดาภิรมย์ราชสภากิติ พระยาเทพวิฑูรพหุลศรุตบดี พระยามานวราชเสวี นายชาลส์ เลเวก (Charles L'Evesque) นายเรมี เดอ ปลังเตอโรส (Remy de Planterose) นายเรเน่ กาโซ (Rene Cazeau) ตามลำดับ¹¹³

สำหรับการตั้งคณะกรรมการเจ้านายชั้นสูงเพื่อทำหน้าที่ตรวจถ้อยคำภาษาของคำแปลภาษาไทยของร่างบทบัญญัติบรรพ 1 และ 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.2466 นั้นประกอบด้วย กรมพระยาเทวะวงศ์วโรปการ กรมพระนครสวรรค์วรพินิต กรมพระนเรศวรฤทธิ์ กรมพระยาดำรงราชานุภาพ กรมพระยานริศรานุวัดติวงศ์ และกรมพระสวัสดิวัตน์วิศิษฐ์ ด้วยเหตุนี้เชื้อพระวงศ์ชั้นสูงจึงได้ทราบถึงข้อบกพร่องของร่างบทบัญญัติดังกล่าวอยู่ก่อนแล้วและเปิดโอกาสให้พระยามานวราชเสวีได้นำเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการเจ้านายชั้นสูงถึงแนวทางปรับปรุงแก้ไขร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เสียใหม่ตามแนวทางของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (pendect code) ที่มีแนวคิดพื้นฐานจากสำนักประวัติศาสตร์กฎหมายของประเทศเยอรมันโดยใช้วิธีการ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์: กรณีศึกษาบันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ ว่าด้วยข้อก้ำกวลต่อการเรียนการสอนกฎหมายในสยาม, วารสารนิติศาสตร์ เล่มที่ 4, ปีที่ 42, น. 777-778 (ธันวาคม 2556)

¹¹² ทรงศรี ฟอแรน, “การแก้ไขสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิสภาพนอกอาณาเขตกับประเทศมหาอำนาจในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2506) น. 158-159, อ้างถึงใน มุนินทร์ พงศาปาน, อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 99, น. 747.

¹¹³ ราชกิจจานุเบกษา, ประกาศตั้งกรมร่างกฎหมาย, เล่มที่ 40 ก, วันที่ 28 ตุลาคม พ.ศ.2466, น. 128-130. สืบค้นเมื่อวันที่ 26 มีนาคม 2561, จาก <http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2466/A/128.PDF>

เทียบเคียงถ้อยคำจากประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น¹¹⁴ ซึ่งลักษณะการจัดหมวดหมู่ที่ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีเอกลักษณ์และมีการแบ่งแยกบททั่วไปและบทเฉพาะอย่างชัดเจนทำให้การจัดหมวดหมู่มีความแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส¹¹⁵

ระยะแรกของการจัดทำร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.2468 ตามแนวทางสำนักประวัติศาสตร์กฎหมายนั้น นายเรอเน่ กียองมีท่าทีคัดค้านอย่างแข็งขันและเสนอให้แก้ไขร่างกฎหมายเท่าที่จำเป็นเท่านั้นโดยให้เหตุผลว่าร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2466 ไม่มีเคยมีผลใช้บังคับจริงจึงควรทดลองใช้ก่อน แต่ข้อเสนอนี้ถูกคัดค้านจากคณะกรรมการร่างฝ่ายไทยโดยเฉพาะอย่างยิ่งพระยามานวราชเสวีซึ่งอ้างความเห็นของบรรดาเชื้อพระวงศ์และข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ที่เห็นชอบให้มีการปรับปรุงแก้ไขร่างบทบัญญัติบรรพ 1 และ 2 ทั้งหมดโดยเสนอให้แก้ไขเป็นรายมาตราโดยเริ่มต้นตั้งแต่มาตราแรก ความเห็นที่ขัดแย้งดังกล่าวต้องชี้ขาดด้วยการลงมติของที่ประชุมและท้ายที่สุดที่ประชุมมีมติเสียงข้างมากให้ปรับปรุงแก้ไขร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามแนวทางที่พระยามานวราชเสวีนำเสนอ¹¹⁶ และแม้ว่าภายหลังกายเรอเน่ กียองจะมีหนังสือถึงพระยาอภัยราชายุติธรรมรขอให้ทบทวนนโยบายการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เสียใหม่โดยให้รัฐบาลสยามใช้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเป็นต้นแบบแทนประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันแต่ความพยายามดังกล่าวก็ไม่เป็นผล¹¹⁷

สาเหตุที่พระยามานวราชเสวีเลือกใช้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นต้นแบบและใช้วิธีการเทียบเคียงถ้อยคำจากประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นในการตรวจชำระบทบัญญัติบรรพ 1 และ 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.2466 เนื่องจากพระยามานวราชเสวีรู้สึกประทับใจคดีเยอรมัน (ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน) ตั้งแต่เมื่อครั้งที่ยังศึกษากฎหมายอยู่ที่ประเทศอังกฤษ และกล่าวว่าเคยได้อ่านคำแปลภาษาอังกฤษของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่จัดทำโดย Chung Hui Wang และรู้สึกประทับใจ¹¹⁸ อีกทั้งระหว่างที่ศึกษาอยู่ได้มีโอกาสพบ John

¹¹⁴ ภาควิชานิติศึกษาทางสังคม ปรัชญา และประวัติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 108*, น. 105-107.

¹¹⁵ มุนินทร์ พงศาปาน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 99*, น. 749.

¹¹⁶ *เพ็ญอ้าง*, น. 748.

¹¹⁷ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา แฟ้ม 9 “Letter No 75/131 from Rene Guyon to Chao Phraya Abhai Raja” (7 March 1925), *อ้างถึงใน* มุนินทร์ พงศาปาน, *เพ็ญอ้าง*, น. 748.

¹¹⁸ ภาควิชานิติศึกษาทางสังคม ปรัชญา และประวัติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 108*, น. 31.

Simon 1st Viscount Simon นักการเมืองและนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงของประเทศอังกฤษและเป็นพระสหายสนิทของกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ซึ่งมีความเห็นต่อร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บางส่วนที่พระยามานวราชเสวีนำติดตัวไปประเทศอังกฤษว่า “เขา (หมายถึงคณะกรรมการร่างชาวฝรั่งเศส) ต้องการที่จะทำให้นวนิเทศเกินไป แต่มือไม่ถึง” นอกจากนี้ Viscount Simon แนะนำให้ลองตามแบบญี่ปุ่นในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้วิธีการก๊อปปี้ (copy) อีกด้วย¹¹⁹ ความล้มเหลวของคณะกรรมการร่างชาวฝรั่งเศสนั้นทำให้พระยามานวราชเสวีหมดความนิยมในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสไปโดยปริยายแม้ว่าร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.2466 จะมีได้มีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสทั้งหมด¹²⁰ และทำให้เกิดความเข้าใจผิดว่าประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้ถูกจัดทำขึ้นโดยการคัดลอกจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน¹²¹ พระยามานวราชเสวีกล่าวต่อไปว่าประเทศญี่ปุ่นในอดีตก็เคยมีการปฏิเสธร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ.1890 ที่จัดทำโดย *Gustave Boissonade* นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสซึ่งมีบทบาทสำคัญในช่วงต้นของการปฏิรูปกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น¹²² และต่อมารัฐบาลญี่ปุ่นได้จัดทำประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นขึ้นเสียใหม่โดยวิธีการคัดลอกประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน อีกทั้งข้อมูลที่มาจากรายการของเตอร์เบกเกอร์ (J.E. de Becker) ที่คณะกรรมการร่างใช้เป็นหลักในการจัดทำร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.2468 มีการอ้างอิงถึงบทมาตราของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันอยู่มากมาย พระยามานวราชเสวีจึงเชื่อว่าหากใช้แนวตามแบบประเทศญี่ปุ่นอาจเพิ่มโอกาสในการปฏิเสธร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.2466 ของคณะผู้ร่างชาวฝรั่งเศสแก่รัฐบาลสยามไม่มากนักน้อย อีกทั้งอิทธิพลของชาติฝรั่งเศสและอังกฤษที่ทั้งโน้มน้าวและกดดันรัฐบาลสยามให้ตัดสินใจเลือกระบบกฎหมายของตนเป็นต้นแบบในการปฏิรูประบบกฎหมาย การเลือกโอนอ่อนผ่อนตามประเทศฝรั่งเศสหรืออังกฤษแต่ประเทศเดียวอาจสร้างความไม่พอใจแก่อีกฝ่ายได้¹²³ นอกจากนี้มีข้อสังเกตตามคำบอกเล่าของพระยามานวราชเสวีกล่าวว่าก่อนที่จะเดินทางไปศึกษาที่ประเทศอังกฤษได้มีโอกาสเฝ้ากรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์จึงทราบว่าเสด็จในกรมฯ ท่านมีความสนใจกฎหมายเยอรมันอยู่ไม่น้อยเนื่องจากท่านมีพระราชปรารภว่าให้เลือกทำสองประการคือหนึ่งรีบไปศึกษาให้ได้เป็นเนติบัณฑิต

¹¹⁹ มุนินทร์ พงศาปาน, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 99*, น. 754.

¹²⁰ *เพ็งอ้าว*, น. 749.

¹²¹ รายละเอียดโปรดดู มุนินทร์ พงศาปาน, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 99*.

¹²² ภาควิชานิติศึกษาทางสังคม ปรัชญา และประวัติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 108*, น. 61, และโปรดดู มุนินทร์ พงศาปาน, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 99*

¹²³ มุนินทร์ พงศาปาน, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 99*, น. 755.

อังกฤษและไปเรียนต่อที่ประเทศเยอรมันเพื่อกลับมาเขียนประมวลแพ่งฯหรือสองเมื่อสอบไล่ได้เป็นเนติบัณฑิตแล้วกลับมาเป็นอธิบดีกรมอัยการ และเมื่อพระยามานวราชเสวีสำเร็จการศึกษาจากประเทศอังกฤษแล้ว เสด็จในกรมฯ ยังต้องการให้ไปศึกษากฎหมายต่อที่ไฮเดลเบิร์ก (Heidelberg) ประเทศเยอรมัน แต่ท้ายที่สุดก็ได้เดินทางไปศึกษาต่อตามความตั้งใจเนื่องจากเกิดสงครามโลกครั้งที่ 1 ขึ้นเสียก่อน¹²⁴ ข้อเท็จจริงนั้นแสดงให้เห็นว่าแม้ในระยะแรกนั้นกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์จะไม่เห็นด้วยกับการปฏิรูปกฎหมายตามแนวทางระบบกฎหมายแบบภาคพื้นทวีป แต่เมื่อสยามตัดสินใจปฏิรูประบบกฎหมายตามแนวทางของระบบกฎหมายแบบภาคพื้นทวีปและเริ่มต้นงานจัดทำประมวลกฎหมายสมัยใหม่แล้ว กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ก็ได้ทรงทอดทิ้งไม่เอาใจใส่งานจัดทำประมวลกฎหมาย แต่ทรงพยายามคัดเลือกนักเรียนที่มีความสามารถเตรียมส่งไปศึกษากฎหมายที่ประเทศเยอรมันซึ่งขณะนั้นมีความก้าวหน้าอย่างมากเพื่อประโยชน์ในการกลับมาช่วยงานร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้เสร็จสิ้นอีกด้วย

2.3.2 ที่มาแห่งบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญาของไทย

เมื่อวันที่ 9 ตุลาคม พ.ศ.2468 คณะกรรมการร่างกฎหมายอันได้ร่วมประชุมเพื่อจัดทำร่างมาตราสำหรับหมวดว่าด้วยการยกเลิกสัญญา (rescission of contract) ซึ่งปัจจุบันกำหนดอยู่ในบรรพ 2 ว่าด้วยหนี้ ลักษณะ 2 สัญญา หมวด 4 เลิกสัญญา ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยบทบัญญัติว่าด้วยการเลิกสัญญามีผลใช้บังคับอย่างยาวนานโดยที่มีได้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญเป็นเวลาเกือบหนึ่งร้อยปี และต้นร่างกฎหมายของหมวดว่าด้วยการเลิกสัญญา (Rescission of Contract) ถูกร่างขึ้นโดยวิธีการเทียบเคียงตัวบทจากประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ค.ศ. 1898 และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ.1900 โดยเนื้อหาของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้อาศัยตำราคำแปลประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นของเดอร์เบเกอร์ (Joseph Ernest de Becker)¹²⁵ ส่วนเนื้อหาของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้อาศัยตำราของ Chung Hui Wang เป็นหลัก โดยตามคำบอกเล่าของพระยามานวราชเสวีกล่าวว่าได้เคยอ่านตำราคำแปลภาษาอังกฤษของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันตั้งแต่สมัยที่ศึกษากฎหมายที่ประเทศอังกฤษ กล่าวคือ ‘The German Civil

¹²⁴ ภาควิชานิติศึกษาทางสังคม ปรัชญา และประวัติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 108, น. 19-20, 30 และ 85.

¹²⁵ โปรดดู “รายงานการประชุมร่างกฎหมายตั้งแต่วันที่ 1 สิงหาคม ถึง 27 ตุลาคม พุทธศักราช 2468,” ใน หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, เอกสารคณะกรรมการกฤษฎีกา สดก.3 การประชุมกรรมการร่างกฎหมาย เล่ม 5 (2), ม-สดก 3/5 เรื่องสำเนารายงานการประชุมคณะกรรมการร่างกฎหมาย (1 สิงหาคม – 27 ตุลาคม 2468).

Code, Translated and Annotated’ ของ Chung Hui Wang¹²⁶ โดยคณะกรรมการร่างกฎหมายได้อาศัยถ้อยคำจากคำแปลภาษาอังกฤษของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นและเยอรมันจากตำราทั้งสองเล่มเป็นเอกสารหลักในการยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.2468 ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

2.3.2.1 ที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 386

ที่ประชุมคณะกรรมการร่างกฎหมายได้ตรวจพิจารณาเทียบเคียงระหว่างมาตรา 540 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นและมาตรา 349 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยตกลงให้ร่างตามทำนองมาตรา 349 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น เนื่องจากเห็นว่ามิถ้อยคำเป็นหลักที่ชัดเจนกว่า¹²⁷

โดยที่มาตรา 540 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น¹²⁸ มีเนื้อความดังต่อไปนี้

“Article 540. - If in virtue of a contract or by the provisions of the law, one of the parties concerned has the right of rescission, rescission is effected by an expression of intention to the other party.

The expression of intention of the preceding Paragraph cannot be annulled.”

ส่วนต้นร่างภาษาอังกฤษของ มาตรา 386 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹²⁹ มีเนื้อความดังต่อไปนี้

“386. - If by contract or by the provisions of law one party has the right of rescission, such rescission is made by a declaration of intention to the other party.

The declaration of intention mentioned in the foregoing paragraph cannot be revoked.”

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่ามาตราทั้งสองมีหลักกฎหมายที่สำคัญและการแบ่งย่อหน้าเป็นไปในทำนองเดียวกัน โดยจะแตกต่างเพียงถ้อยคำที่นำมาใช้เท่านั้น

¹²⁶ ภาควิชานิติศึกษาทางสังคม ปรัชญา และประวัติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 108, น. 31.

¹²⁷ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 125, น. 827-828.

¹²⁸ J. E. de Becker, *Annotated Civil Code of Japan*, Vol. I (London: Butterworth, 1909) pp. 141-142.

¹²⁹ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 125, น. 831.

2.3.2.2 ที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387

ที่ประชุมคณะกรรมการร่างกฎหมายได้ตรวจพิจารณาเทียบเคียงระหว่างมาตรา 541 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นและมาตรา 283, 324 และ 354 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันโดย ตกลงให้ร่างตามทำนองประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น

มาตรา 541 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น¹³⁰ มีเนื้อหาดังต่อไปนี้

“Article 541. - If one party does not perform his obligation, the other party may fix a reasonable period of time and demand performance within period; and if the contract is not performed within period of time the other party may rescind it.”

ส่วนต้นร่างภาษาอังกฤษของ มาตรา 387 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹³¹ มีเนื้อหาดังต่อไปนี้

“387. - If one party does not perform the obligation, the other party may fix a reasonable period and notify him to perform within that period. If he does not perform within that period, the other party may rescind the contract”

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่ามาตราทั้งสองมีหลักกฎหมายที่สำคัญและแบ่งวรรคตอนเป็นไปในทำนองเดียวกัน โดยจะแตกต่างในถ้อยคำที่นำมาใช้เพียงเล็กน้อยเท่านั้น

2.3.2.3 ที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 388

ที่ประชุมคณะกรรมการร่างกฎหมายได้ตรวจพิจารณาเทียบเคียงระหว่างมาตรา 542 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น และมาตรา 361, 286 (2), 326 (2) 346 และ 362 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยตกลงให้ร่างตามทำนองประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น และตกลงว่าการบอกเลิกสัญญา ไม่จำเป็นต้องบอกให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบ เนื่องจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ตกลงกำหนดเวลาไว้แล้ว¹³²

โดยที่มาตรา 542 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น¹³³ มีเนื้อหาดังต่อไปนี้

“Article 542. - If , according to the nature of the contract or to an intention expressed by the parties, the object with the contract has been concluded cannot be attained unless it is performed at a fixed date or within a fixed period of

¹³⁰ J. E. de Becker, *supra* note 128, pp. 141.

¹³¹ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 125, น. 831.

¹³² *เพ็งอ้าง*, น. 827-828.

¹³³ J. E. de Becker, *supra* note 128, p. 142.

time, if the date or the period of time has passed without one of the parties having made performance, the other party may at once rescind the contract without making the notification of the preceding Article”

ส่วนต้นร่างภาษาอังกฤษของ มาตรา 388 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹³⁴ ที่ถูกร่างขึ้นมีเนื้อหาดังต่อไปนี้

“388. - If the object of the contract according to nature or to an intention declared by the parties can be accomplished only by performance at a fixed time or within a fixed period, and such time or period has passed without one of the parties having performed, the other party may rescind the contract without the notification mentioned in the foregoing section.

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่ามาตราทั้งสองมีหลักกฎหมายที่สำคัญและแบ่งวรรคตอนเป็นไปในทำนองเดียวกัน โดยจะแตกต่างในถ้อยคำที่นำมาใช้เพียงเล็กน้อยเท่านั้น

2.3.2.4 ที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 389

ที่ประชุมคณะกรรมการร่างกฎหมายได้ตรวจพิจารณาเทียบเคียงระหว่างมาตรา 543 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น และมาตรา 325 และ 326 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยตกลงให้ร่างตามทำนองประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น¹³⁵

โดยที่มาตรา 543 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น¹³⁶ มีเนื้อหาดังต่อไปนี้

“Article 543. – When performance has become totally or partially impossible owing to a cause imputable to the debtor, the creditor may rescind the contract.”

ส่วนต้นร่างภาษาอังกฤษของ มาตรา 389 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹³⁷ ที่ถูกร่างขึ้นมีเนื้อหาดังต่อไปนี้

“389. – If performance become wholly or partial impossible by a cause attributable to the debtor, the creditor may rescind the contract.

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่ามาตราทั้งสองมีหลักกฎหมายที่สำคัญและแบ่งวรรคตอนเป็นไปในทำนองเดียวกัน โดยจะแตกต่างในถ้อยคำที่นำมาใช้เพียงเล็กน้อยเท่านั้น

¹³⁴ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 125, น. 831.

¹³⁵ เพิ่งอ้าง, น. 827-828.

¹³⁶ J. E. de Becker, *supra* note 128, pp. 142-143.

¹³⁷ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 125, น. 832.

2.3.2.5 ที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 390

ที่ประชุมคณะกรรมการร่างกฎหมายได้ตรวจพิจารณาเทียบเคียงระหว่างมาตรา 544 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น และมาตรา 356 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยตกลงให้ร่างตามทำนองประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เนื่องจากเห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีถ้อยคำที่ชัดเจนดีกว่า

โดยที่มาตรา 356 แห่งประมวลกฎหมายเยอรมัน¹³⁸ มีเนื้อหาดังต่อไปนี้

“ 356. – If in a contract there are several persons on the one or the other side, the right of rescission may be exercised only by all and against all. If the right of rescission is extinguished in respect of one of those persons entitled”

ส่วนต้นร่างภาษาอังกฤษของ มาตรา 390 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹³⁹ ที่ถูกร่างขึ้นมีเนื้อหาดังต่อไปนี้

“ 390. – if in a contract those are several persons on the one or the other side, the right of rescission may be exercised only by all and against all. If the right of rescission is extinguished in respect of one of those persons entitled, it is extinguished also in respect of the others.

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่ามาตราทั้งสองมีความเหมือนกันแทบจะทุกถ้อยคำ โดยจะแตกต่างในการใช้ถ้อยคำระหว่าง “those” กับ “there” อันซึ่งไม่มีความแตกต่างในสาระสำคัญ

2.3.2.6 ที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391

ที่ประชุมคณะกรรมการร่างกฎหมายได้ตรวจพิจารณาเทียบเคียงระหว่างมาตรา 545 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น และมาตรา 346 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยได้ตกลงให้ร่างขึ้นตามทำนองมาตรา 545 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น นอกจากนี้ตกลงให้เพิ่มเนื้อความตามทำนองของมาตรา 346 ตอน 2 แห่งกฎหมายแพ่งเยอรมัน ไว้เป็นตอนที่ 3 แห่งมาตรา 391 ที่จะร่างขึ้นใหม่อีกด้วย

โดยที่มาตรา 545 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น¹⁴⁰ มีเนื้อหาดังต่อไปนี้

¹³⁸ Chung Hui Wang, The German Civil Code: Translated and Annotated with an Historical Introduction and Appendices, (London: Stevens and Sons, 1907) p. 79.

¹³⁹ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 125, น. 828.

¹⁴⁰ J. E. de Becker, *supra note*, p. 143.

“Article 545. - When one of the parties has exercised his right of rescission, each party is bound to restore the other party to his original state; but the rights of third person cannot be injured

In the case of the preceding Paragraph, the amount of money received must be restored, with interest from the day of receipt

The exercise of the right of rescission does not affect a claim for compensation for damage”

นอกจากนี้ มาตรา 346 แห่งประมวลกฎหมายเยอรมัน¹⁴¹ มีเนื้อความดังต่อไปนี้

If in a contract one party has reserved to himself the right of rescission, and if rescission takes place, the parties are bound to return to each other the consideration received. For services rendered and for allowing the use of a thing the value shall be made good, or, if in the contract a counter-payment in money is stipulated for, this shall be paid.

ส่วนต้นร่างภาษาอังกฤษของ มาตรา 391 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁴² ที่ถูกร่างขึ้นมีเนื้อความดังต่อไปนี้

“391. - If one party has exercised his right of rescission, each party is bound to restore the other to his former condition; but the right of the third person cannot be impaired

To money which is to be repaid in the case of foregoing paragraph interest is to be added from the time when it was received.

For services rendered and for allowing the use of a thing the restitution shall be made by paying the value, or, if in the contract a counter-payment in money is stipulated for, this shall be paid.

The exercise of the right of rescission does not affect a claim for damages.”

เมื่อเปรียบเทียบจะเห็นว่ามาตราทั้งสามมีสาระสำคัญในการทำงานเดียวกัน โดยแตกต่างเรื่องการใช้ถ้อยคำเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ทั้งนี้ต้นร่างของมาตรา 391 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดวิธีการทำให้อีกฝ่ายให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมอันที่ครบถ้วนสมบูรณ์มากกว่า

¹⁴¹ Chung Hui Wang, *supra* note 138, p. 77.

¹⁴² หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 125, น. 828-829.

กล่าวคือถ้าประโยชน์ที่ได้รับเป็นตัวเงินการคืนเงินต้องกระทำพร้อมดอกเบี้ย ถ้าประโยชน์ที่ได้รับเป็น การงานที่อีกฝ่ายได้กระทำให้หรือเป็นการได้ใช้สอยทรัพย์สินการชดใช้คืนเป็นตัวเงินที่ควรค่าแห่งการนั้น เว้นแต่สัญญาจะกำหนดจำนวนเงินที่ต้องตอบแทนไว้

2.3.2.7 ที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 392

ที่ประชุมคณะกรรมการร่างกฎหมายได้ตรวจพิจารณาเทียบเคียงระหว่างมาตรา 546 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น และมาตรา 348 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยตกลง ให้ร่างตามทำนองประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน¹⁴³

โดยที่มาตรา 348 แห่งประมวลกฎหมายเยอรมัน¹⁴⁴ มีเนื้อความดังต่อไปนี้

348. – *The obligation of the parties resulting from rescission shall be fulfilled contemporaneously. The provision of 320, 322, apply mutatis mutandis.*

ส่วนต้นร่างภาษาอังกฤษ มาตรา 392 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁴⁵ มีเนื้อความดังต่อไปนี้

392. – *The obligation of the parties resulting from rescission shall be performed according to the provision of section 369.*

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่ามาตราทั้งสองมีหลักการที่ไม่แตกต่างกันในสาระสำคัญ โดยแม้ว่ามาตรา 320 และ 322 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่ถูกอ้างถึงในมาตรา 348 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจะมีรายละเอียดเกี่ยวกับสัญญาต่างตอบแทน (mutual contract) มากกว่า กล่าวคือหลักกฎหมายว่าด้วยการปฏิบัติการชำระหนี้ในสัญญาต่างตอบแทน (mutual contract) ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่มีความผูกพันที่จะต้องชำระหนี้อาจปฏิเสธไม่ชำระหนี้ในส่วนของตนได้ จนกว่าอีกฝ่ายจะได้ชำระหนี้ตอบแทนและช้อยกเว้นต่างๆ เช่น กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจำต้องชำระหนี้ส่วนของตนก่อนอีกฝ่าย และข้อจำกัดของสิทธิที่จะปฏิเสธการชำระหนี้ได้เนื่องจากอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม (bad faith) รวมไปถึงการฟ้องร้องบังคับคดีตามสัญญาต่างตอบแทน ผลต่อสิทธิที่จะปฏิเสธไม่ชำระหนี้ภายหลังเมื่อศาลมีคำพิพากษาที่กำหนดให้คู่สัญญาต้องชำระหนี้แก่กัน (contemporaneous performance) และการฟ้องคดีตามสัญญาต่างตอบแทนในกรณีฝ่ายหนึ่งต้องชำระหนี้ก่อนแต่อีกฝ่ายกลับไม่ยอมรับชำระหนี้ตอบแทน แต่มาตรา 369¹⁴⁶ ของประมวลกฎหมาย

¹⁴³ เพิ่งอ้าง, น. 829.

¹⁴⁴ Chung Hui Wang, *supra* note 128, p. 78.

¹⁴⁵ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 125, น. 833.

¹⁴⁶ มาตรา 369 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

แพ่งและพาณิชย์ได้วางหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาต่างตอบแทนและลักษณะของการชำระหนี้ต่างตอบแทนไว้เช่นกันเพียงแต่อาจมีรายละเอียดน้อยกว่า มาตรา 320 และ 322 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเท่านั้น

2.3.2.8 ที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 393

ที่ประชุมคณะกรรมการร่างกฎหมายได้ตรวจพิจารณาเทียบเคียงระหว่างมาตรา 547 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น และมาตรา 355 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยได้ตกลงให้ร่างขึ้นตามทำนองประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น¹⁴⁷

โดยที่มาตรา 547 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น¹⁴⁸ มีเนื้อหาดังต่อไปนี้

“Article 547. – When there is no fixed period of time for the exercise of the right of rescission, the other party may allot a fixed reasonable period of time and demand that the party entitled thereto give a definite answer with the said period of time as to whether or not he intends to rescind the contract. If no notification of rescission is received within the said period of time, the right of rescission is extinguished.”

ส่วนต้นร่างภาษาอังกฤษ มาตรา 393 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁴⁹ มีเนื้อหาดังต่อไปนี้

“393. – If no period of fixed for the exercise of the right of rescission, the other party may fix a reasonable period and notify the party having a right of rescission to declare within period whether he will rescind or not. If notice of rescission is not received within such period, the right of rescission is extinguished.

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่ามาตราทั้งสองมีหลักการที่ไม่แตกต่างกันในสาระสำคัญ แต่ประการใด

“ในสัญญาต่างตอบแทนนั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่ยอมชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้หรือขอปฏิบัติการชำระหนี้ก็ได้ แต่ความข้อนี้มีให้นำมาใช้บังคับ ถ้าหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งยังไม่ถึงกำหนด”

¹⁴⁷ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 125, น. 829.

¹⁴⁸ J. E. de Becker, *supra* note 128, p. 145.

¹⁴⁹ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 125, น. 833.

2.3.2.9 ที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 394

สำหรับที่มาของมาตรา 394 ซึ่งเป็นมาตราสุดท้ายของหมวดว่าด้วยการเลิกสัญญา นั้น ที่ประชุมคณะกรรมการร่างกฎหมายได้ตรวจพิจารณาเทียบเคียงระหว่างมาตรา 548 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น และมาตรา 350 จนถึง 353 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยรายงานการประชุมระบุอย่างชัดเจนว่าตกลงให้ร่างขึ้นตามทำนองประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นตามคำแปลของเดอบเกเกอร์¹⁵⁰

โดยที่มาตรา 548 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น¹⁵¹ มีเนื้อความดังต่อไปนี้

“Article 548. – The right of rescission is extinguished (barred) when the person entitled has, by his own act or fault, essentially damaged the thing which is subject of the contract or has rendered the restitution thereof impossible or has change it into a thing of a different kind by working it up or remodelling it.

If without the act or fault of the person who has the right of rescission the thing is the subject of the contract has been lost or damaged the right of rescission is not extinguished.”

ส่วนต้นร่างภาษาอังกฤษ มาตรา 394 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁵² มีเนื้อความดังต่อไปนี้

“394. – The right of rescission is extinguished when the person entitled has, by his own act or fault, essentially damaged the thing which is the subject of a contract or has rendered the restitution thereof impossible or has changed it into a thing of a different kind by working it up or remodelling it.

If without the act or fault of the person who has the right of rescission the thing which is the subject of the contract has been lost or damaged, the right of rescission is not extinguished.”

เมื่อพิจารณาจะเห็นว่ามาตราทั้งสองไม่มีความแตกต่างกันทั้งถ้อยคำที่ได้ใช้และสาระสำคัญแห่งหลักกฎหมาย

กล่าวโดยสรุปบทบัญญัติกฎหมายหมวดว่าด้วยการเลิก (ยกเลิก) สัญญา (rescission of contract) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ถูกร่างขึ้นโดยได้รับอิทธิพลจากทั้ง

¹⁵⁰ เฟิงอ้าง, น. 830.

¹⁵¹ J. E. de Becker, *supra* note 128, pp. 145-146.

¹⁵² หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 125, น. 833.

ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นและประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันบางส่วน สำหรับมาตราที่ได้รับอิทธิพลโดยตรงจากประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้แก่ มาตรา 386, 387, 388, 389, 393 และ 394 ส่วนมาตราที่ได้รับอิทธิพลโดยตรงจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้แก่ มาตรา 390 และ 392 และสุดท้ายมาตราที่ได้รับอิทธิพลจากทั้งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นและประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันคือ มาตรา 391

2.3.3 ประเภทของการเลิกสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การเลิกสัญญาเป็นกรณีที่คู่สัญญาทำให้สัญญาระงับสิ้นผลอย่างเด็ดขาดโดยเจตนาของคู่สัญญา เมื่อมีการเลิกสัญญาย่อมเป็นการทำลายบ่อเกิดแห่งหนี้และนิติสัมพันธ์ที่เคยเกิดขึ้นทั้งหมดเสมือนหนึ่งว่าไม่เคยมีนิติสัมพันธ์เกิดขึ้นเลย และเมื่อสัญญาฉบับหนึ่งดำรงอยู่เพื่อเป็นฐานรองรับหรือเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ที่ได้ชำระกันไปแล้ว¹⁵³ การเลิกสัญญาโดยทั่วไปย่อมมีผลทำให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามที่มาตรา 391 ได้กำหนด แต่สำหรับสัญญาที่ก่อหนี้ให้คู่สัญญาปฏิบัติชำระต่อเนื่องเป็นระยะๆ การนำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมเข้ามาปรับใช้อาจก่อให้เกิดความไม่เหมาะสมซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวในโอกาสต่อไป ทั้งนี้การเลิกสัญญาโดยเจตนาของคู่สัญญาเพื่อให้สัญญาระงับสิ้นอาจเกิดได้สองกรณีกล่าวคือ กรณีที่หนึ่งเป็นการเลิกสัญญาโดยการแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิเลิกสัญญา (right of rescission contract) กรณีที่สองเป็นการเลิกสัญญาโดยเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย (mutual consent)

2.3.3.1 การเลิกสัญญาโดยเจตนาคู่สัญญาฝ่ายเดียว

การเลิกสัญญากรณีแรกเกิดจากการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิเลิกสัญญา (right of rescission contract) แต่เพียงฝ่ายเดียวต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยที่มาตรา 386 วางหลักว่าคู่สัญญาอาจมีสิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญาหรือโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งเมื่อพิจารณาด้วยบทอาจเห็นได้ว่าสิทธิเลิกสัญญา (right of rescission) อาจก่อตั้งขึ้นจากข้อสัญญาที่ได้กระทำขึ้นจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายทางหนึ่งหรืออาจก่อตั้งขึ้นโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายอีกทางหนึ่ง และสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในการเลิกสัญญาย่อมเป็นอำนาจที่กฎหมายรับรองและบังคับให้แต่เพียงฝ่ายเดียวโดยไม่จำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบหรือยินยอม (consent) จากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแต่อย่างใด และคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิเลิกสัญญาย่อมมีสิทธิขาดที่จะเลือกบังคับใช้สิทธินั้นตามความประสงค์ของตน กล่าวคือจะเลิกสัญญาหรือไม่เลิกสัญญาก็ได้ ถ้าเลือกที่จะไม่เลิกสัญญาย่อมทำให้สัญญามีผลตาม

¹⁵³ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560) น. 467 - 469.

กฎหมายอยู่ต่อไป¹⁵⁴ นอกจากนี้การใช้สิทธิเลิกสัญญา (exercise right of rescission) ถือเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว¹⁵⁵ และเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้รับเจตนา โดยอยู่ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติว่าด้วยการแสดงเจตนาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งการแสดงเจตนาเลิกสัญญาจะมีผลเป็นการเลิกสัญญาต่อเมื่อเจตนา นั้นได้ส่งไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา และการเลิกสัญญาที่มีผลสมบูรณ์แล้วย่อมไม่อาจบอกถอนได้ตามมาตรา 386 วรรคสอง¹⁵⁶ อีกด้วย

(1) สิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญา

ด้วยเหตุที่สัญญาย่อมเกิดขึ้นจากพื้นฐานแห่งหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (freedom of contract) และหลักอิสระในทางแพ่ง (party autonomy) ของคู่กรณีตามสัญญาเป็นที่ตั้ง และสัญญาที่ผูกพันแน่นหนักเปรียบดังกฎหมายของคู่สัญญาจึงมีโอกาสที่จะบอกเลิกความผูกพันได้ตามแต่เงื่อนไขแห่งข้อสัญญาที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ เช่น สัญญาซื้อขายรถยนต์ที่มีข้อตกลงว่าถ้าผู้ซื้อถูกย้ายไปรับราชการต่างจังหวัดภายใน 6 เดือนนับแต่วันทำสัญญาให้ผู้ซื้อ มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ ต่อมาเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ซื้อถูกย้ายไปต่างจังหวัดย่อมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ เป็นต้น¹⁵⁷ นอกจากนี้คู่สัญญาอาจจัดทำสัญญาขึ้นโดยมีข้อตกลงว่าหากมีการผิดสัญญาหรือไม่ชำระหนี้ของคู่สัญญาไม่ว่าฝ่ายใดเกิดขึ้นและไม่ว่าการผิดสัญญาจะเป็นเรื่องเล็กน้อยเพียงใดก็ตามให้อีกฝ่ายมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้¹⁵⁸ หรือคู่สัญญาอาจตกลงกันว่าถ้าผิดสัญญาข้อใดข้อหนึ่งให้อีกฝ่ายเลิกสัญญาได้¹⁵⁹ อีกทั้งการกำหนดสิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญาอาจไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้ในสัญญาเดิมที่ก่อหนี้ โดยจะทำสัญญาฉบับใหม่ภายหลังเพื่อก่อตั้งสิทธิเลิกความผูกพันตามสัญญาฉบับเก่าก็ได้¹⁶⁰ และการเลิกสัญญาโดยข้อสัญญาอาจมีความสัมพันธ์กับการผิดนัดชำระหนี้ได้ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันว่าหากลูกหนี้ผิดนัดให้เจ้าหนี้อีกฝ่ายมีสิทธิเลิกสัญญาได้ทันทีตามข้อสัญญา¹⁶¹

¹⁵⁴ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดารารพร ธีระวัฒน์ (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556) น. 293.

¹⁵⁵ เพ็งอ้าง, น. 294.

¹⁵⁶ ศนันท์กรณ โสติพิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 153, น. 485 - 486.

¹⁵⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 1818/2511 ฎ.2029 และ 506/2513 ฎ.601, อ้างถึงใน จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 154, น. 288.

¹⁵⁸ ศนันท์กรณ โสติพิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 153, น. 471.

¹⁵⁹ จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 154, น. 288.

¹⁶⁰ ศนันท์กรณ โสติพิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 153, น. 471.

¹⁶¹ เพ็งอ้าง, น. 483.

การพิจารณาว่าสิทธิเลิกสัญญาเกิดขึ้นจากข้อสัญญาหรือบทบัญญัติกฎหมายมีความสำคัญอย่างยิ่งในทางทฤษฎี ถ้าข้อสัญญามีการระบุว่าให้ระยะเวลาชำระหนี้เป็นสาระสำคัญ ถ้าไม่มีการชำระหนี้ตามระยะเวลาเช่นว่านั้น คู่สัญญาฝ่ายเจ้าหนี้นี้ย่อมมีสิทธิเลิกสัญญาตามที่ระบุไว้ในข้อสัญญาทันทีซึ่งถือว่าสิทธิเลิกสัญญาเกิดขึ้นแล้วโดยข้อสัญญา โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าสิทธิเลิกสัญญาเกิดขึ้นเนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ภายในกำหนดระยะเวลาอันเป็นสาระสำคัญตามมาตรา 388 อันเป็นสิทธิเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้อีกต่อไป¹⁶² หรือถ้ามีข้อสัญญากำหนดว่าหากการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยให้คู่สัญญาฝ่ายเจ้าหนี้นี้มีสิทธิเลิกสัญญาได้ สิทธิเลิกสัญญาดังกล่าวย่อมเกิดขึ้นโดยข้อสัญญา และไม่จำเป็นต้องพิจารณาบทบัญญัติตามมาตรา 389¹⁶³

หากข้อสัญญากำหนดให้คู่สัญญามีหน้าที่ตามสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่ไม่ได้กำหนดว่าหากคู่สัญญาฝ่ายนั้นไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามนั้นให้อีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ การพิจารณาว่าคู่สัญญาจะมีสิทธิเลิกสัญญาหรือไม่จำเป็นต้องพิจารณาสิทธิเลิกสัญญาตามที่บทบัญญัติกฎหมายกำหนด อันได้แก่ การไม่ชำระหนี้ตามมาตรา 387 การชำระหนี้ล่าช้าตามมาตรา 388 และการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยเพราะความผิดของคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องชำระหนี้ตามมาตรา 389 ซึ่งรายละเอียดจะได้กล่าวในหัวข้อถัดไปว่าด้วยการเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ตามที่กล่าวไปแล้วว่าการกำหนดสิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญาอาจกำหนดไว้สำหรับการผิดสัญญาแม้เพียงเล็กน้อยก็ได้¹⁶⁴ เนื่องจากการกำหนดข้อสัญญาใดๆ ย่อมตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งหลักเสรีภาพแห่งการทำสัญญา และเมื่อไม่ขัดแย้งต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 151 และคู่สัญญาได้ตรวจพิจารณาข้อสัญญาที่อาจก่อความผูกพันแก่ตนเองอย่างถี่ถ้วนแล้วก่อนตัดสินใจอย่างมีสติและความรับผิดชอบในการเข้าผูกนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายดังกล่าว ข้อตกลงดังกล่าวย่อมมีผลบังคับตามกฎหมายได้อย่างสมบูรณ์

และประการสุดท้าย ข้อสัญญาที่กำหนดให้สิทธิเลิกสัญญาต้องไม่เข้าลักษณะข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมด้วย กล่าวคือในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพสัญญาสำเร็จรูป และสัญญาขายฝาก ถ้ามีข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบอีกฝ่ายเกินสมควร ตามที่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 4 วรรค 3 (3) วางหลักไว้ว่า ถ้ามีข้อตกลงที่ให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยที่อีกฝ่ายมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ ถือเป็นข้อตกลงที่มีทำให้คู่ฝ่ายหนึ่งได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่งเกิน

¹⁶² เฟิงอ้าง, น. 479.

¹⁶³ เฟิงอ้าง, น. 481.

¹⁶⁴ เฟิงอ้าง, น. 471.

สมควรและอาจถือเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ และตามพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าวให้มีผลบังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

(2) สิทธิเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

บทบัญญัติแห่งกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ให้สิทธิเลิกสัญญาแก่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในการบอกเลิกสัญญาแก่อีกฝ่ายหนึ่งมีอยู่มากมายหลายมาตรา แต่เมื่อพิจารณาสิทธิเลิกสัญญาเหล่านั้นแล้วสามารถจัดแบ่งแยกได้เป็นสองประเภท อันได้แก่ ประเภทหนึ่งคือสิทธิเลิกสัญญาที่บัญญัติไว้ในหมวดว่าด้วยการยกเลิกสัญญา (rescission of contract) ที่มุ่งหมายบังคับใช้แก่สัญญาทั่วไป และประเภทที่สองสิทธิเลิกสัญญาที่บัญญัติไว้ในเอกเทศสัญญาต่างๆ เช่น มาตรา 544, 548 551 และ 650 เป็นต้น ซึ่งข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุแห่งบอกเลิกสัญญาอาจแตกต่างกันไปตามลักษณะเฉพาะของเอกเทศสัญญาแต่ละชนิดดังที่จะได้กล่าวต่อไป

(2.1) สิทธิเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติกฎหมายทั่วไป

บทบัญญัติในหมวดว่าด้วยการเลิกสัญญา (rescission of contract) ได้ถูกจัดทำขึ้นเพื่อให้บังคับแก่สัญญาทั่วไปโดยมีหลักความผิด (fault liability) เป็นเงื่อนไขของความรับผิดชอบในทางหนี้และสัญญา กล่าวคือลูกหนี้หรือคู่สัญญาจำต้องมีความรับผิดชอบในทางหนี้หรือสัญญา เนื่องจากการที่ฝ่ายนั้นมีความผิด (fault) อีกนัยหนึ่งคือมีเหตุอันอาจโทษลูกหนี้ได้หรือมีพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ เหตุที่เป็นเช่นนั้นเนื่องด้วยที่มาทางประวัติศาสตร์ในช่วงการจัดทำร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ 2 ที่ได้รับเอาบทบัญญัติจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและญี่ปุ่นเข้ามาเป็นต้นแบบในการจัดทำในช่วงเวลาดังกล่าว ดังนั้นสิทธิเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติกฎหมายทั่วไปที่มีเหตุจากการไม่ชำระหนี้กรณีทั่วไปที่ต้องมีการบอกกล่าวกำหนดเวลาพอสมควรให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก็ดี และการชำระหนี้พ้นวิสัยเพราะเหตุอันจะโทษคู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้ก็ดี ล้วนตั้งอยู่บนข้อสันนิษฐานความผิดของลูกหนี้ทั้งสิ้น แต่จะมีเพียงกรณีเดียวที่หลักความผิดไม่เป็นเงื่อนไขในการเลิกสัญญาในกรณีลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามกำหนดเวลาที่เป็นสาระสำคัญตามมาตรา 388 ซึ่งเรียกว่าการชำระหนี้ล่าช้าเท่านั้น¹⁶⁵

(2.1.1) การไม่ชำระหนี้เนื่องจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายที่มีหน้าที่ต้องชำระหนี้ และอีกฝ่ายบอกกล่าวกำหนดเวลาโดยชอบ

เมื่อพิจารณาโดยทั่วไปแล้วการไม่ชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งย่อมทำให้อีกฝ่ายมีสิทธิที่จะฟ้องร้องต่อศาลเพื่อบังคับให้ฝ่ายที่ไม่ชำระหนี้ปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามที่

¹⁶⁵ รายละเอียดโปรดดู มุนินทร์ พงศาปาน, “หลักความผิดในกฎหมายลักษณะสัญญาของไทย,” วารสารนิติศาสตร์, เล่มที่ 2, ปีที่ 43, น. 267 (มิถุนายน 2557)

ตกลงกันไว้หรือบังคับให้ชำระค่าสินไหมทดแทนความเสียหายอันเนื่องจากการไม่ชำระหนี้ได้ แต่ทั้งนี้ มาตรา 387 ยังให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้รับชำระหนี้ในการบอกเลิกสัญญาเพื่อให้ตนพ้นความผูกพันตามสัญญาได้

มาตรา 387¹⁶⁶ วางหลักว่า ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ คู่สัญญาอีกฝ่ายอาจกำหนดเวลาพอสมควรให้อีกฝ่ายชำระหนี้ และเมื่อฝ่ายที่ไม่ชำระหนี้ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้จนล่วงพ้นเวลาที่กำหนดคู่สัญญาอีกฝ่ายอาจเลิกสัญญาได้ และหลักดังกล่าวเป็นหลักที่มุ่งใช้บังคับแก่สัญญาโดยทั่วไป ไม่ว่าสัญญานั้นจะมีสัญญาลักษณะต่างตอบแทนหรือไม่ก็ตาม เช่น สัญญากู้ยืมเงินที่คู่สัญญาตกลงกันว่าผู้กู้จะยินยอมเสียดอกเบี้ยเป็นรายเดือนแก่ผู้ให้กู้ เมื่อผู้กู้ไม่ชำระดอกเบี้ยตามที่ตกลงกันในสัญญา ผู้ให้กู้ย่อมมีสิทธิโดยชอบที่จะบอกเลิกสัญญาและเรียกเอาต้นเงินคืนได้ เป็นต้น¹⁶⁷

ถ้าการชำระหนี้ไม่มีกำหนดเวลาไว้ในสัญญา คู่สัญญาฝ่ายเจ้าหนี้จำต้องบอกกล่าวและกำหนดเวลาพอสมควรให้ชำระหนี้เสียก่อน และเมื่อเวลาที่ได้กำหนดพอสมควรล่วงพ้นโดยที่มิได้มีการชำระหนี้ต่อกัน คู่สัญญาอีกฝ่ายที่ไม่ได้รับชำระหนี้จึงมีสิทธิเลิกสัญญาได้ นอกจากนี้มีข้อสังเกตว่าแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายเจ้าหนี้จะได้เรียกให้อีกฝ่ายชำระหนี้แล้ว แต่กลับมิได้บอกกล่าวและกำหนดเวลาพอสมควรให้อีกฝ่ายชำระหนี้ คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้รับชำระหนี้ยังไม่มีสิทธิเลิกสัญญาได้ เนื่องจากการเรียกให้ชำระหนี้โดยที่ได้บอกกล่าวและกำหนดเวลาพอสมควรให้อีกฝ่ายชำระหนี้ อาจถือได้ว่าเป็นการเตือนให้ชำระหนี้เท่านั้น¹⁶⁸ ซึ่งการเตือนให้ลูกหนี้ชำระหนี้ย่อมมีผลทำให้ลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดเพราะเจ้าหนี้ได้ให้เตือนแล้วตามมาตรา 204 และอาจนำไปสู่ความรับผิดทางหนี้อื่นๆ เช่น ดอกเบี้ยผิดนัด หรือความเสียหายในกรณีที่วัตถุแห่งการชำระหนี้สูญหายหรือเสียหาย เป็นต้น แต่ทั้งนี้ถ้าฟังการเตือนให้ชำระหนี้ยังไม่เพียงพอให้เกิดสิทธิเลิกสัญญาได้

ถ้าการชำระหนี้มีกำหนดเวลาตามสัญญาแต่กำหนดเวลาชำระหนี้ นั้นมิใช่สาระสำคัญ หากคู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ภายในกำหนดเวลานั้นคู่สัญญาอีกฝ่ายจะบอกเลิกสัญญาทันทีมิได้ แต่จำต้องบอกกล่าวและกำหนดเวลาพอสมควรให้อีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้เสียก่อน และเมื่อเวลาที่ได้กำหนดดังกล่าวล่วงพ้นโดยที่มิได้มีการชำระหนี้ต่อกัน คู่สัญญาอีกฝ่ายที่ไม่ได้รับ

¹⁶⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387 บัญญัติว่า

“ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ อีกฝ่ายหนึ่งจะกำหนด ระยะเวลาพอสมควร แล้วบอกกล่าวให้ฝ่ายนั้นชำระหนี้ภายในระยะเวลา นั้นก็ได้ถ้าฝ่ายนั้นไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดให้ไซ้ อีก ฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญาเสียก็ได้”

¹⁶⁷ จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 154, น. 289.

¹⁶⁸ ศนันท์กรณ โสติพันธ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 153, น. 475.

ชำระหนี้จึงมีสิทธิเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 387¹⁶⁹ สำหรับกรณีการชำระหนี้ที่มีกำหนดเวลาชำระหนี้เป็นสาระสำคัญนั้นจะได้อ้างในหัวข้อถัดไปว่าด้วยการชำระหนี้ล่าช้า

นอกจากนี้ข้อสำคัญอีกประการหนึ่งที่จะถือว่าคู่สัญญาไม่ชำระหนี้ นั่นคือ คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องชำระหนี้ต้องมีความผิดอีกด้วย คู่สัญญาอีกฝ่ายจึงจะมีสิทธิเลิกสัญญาได้¹⁷⁰

หนี้ตามสัญญาที่มีได้ชำระอาอย่างหนี้สิ้นเชิง (ทั้งหมด) หรือบางส่วน หรือหนี้ประธานหรือหนี้อุปการณก็ได้ สำหรับการไม่ชำระหนี้อุปการณ เช่น การไม่ชำระดอกเบี้ยตามสัญญากู้เงิน เป็นต้น¹⁷¹ นอกจากนี้หนี้ตามสัญญาซึ่งคู่สัญญาไม่ชำระหนี้ต้องมีเป็นหนี้ที่มีขนาดพอสมควรอีกด้วย เนื่องจากการเลิกสัญญาย่อมมีผลทำลายสัญญาทั้งหมด โดยที่แนวทางคำอธิบายดังกล่าวมีความสอดคล้องกับหลักการตามที่บัญญัติในมาตรา 466 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเกี่ยวกับกรณีการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่ผู้ขายส่งมอบอสังหาริมทรัพย์ขาดตกบกพร่องหรือล่าช้าจำนวนไม่เกินร้อยละห้าแห่งเนื้อที่ทั้งหมดซึ่งได้ตกลงกันไว้ และผู้ซื้อจำต้องรับเอาส่วนที่ขาดตกบกพร่องหรือล่าช้าจำนวนนั้นไว้และลดราคาลงหรือใช้ราคาผู้ขายตามสัดส่วน¹⁷² กรณีสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ซึ่งมีข้อตกลงว่าผู้ให้เช่าอนุญาตให้ผู้เช่าทำการเช่าช่วงได้ แต่ต้องบอกผู้ให้เช่าทราบทุกคราวไป แม้ผู้เช่าจะฝ่าฝืนนำทรัพย์สินที่เช่าไปให้เช่าช่วงโดยมิได้บอกกล่าวแก่ผู้ให้เช่าก็ตาม แต่การมิได้บอกกล่าวนั้นมีได้ถือเป็นสาระสำคัญถึงขนาดที่จะทำให้ผู้ให้เช่ามีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้¹⁷³

(2.1.2) การชำระหนี้ล่าช้า

มาตรา 388¹⁷⁴ วางหลักว่า ถ้าวัตถุประสงคแห่งสัญญาโดยสภาพหรือโดยเจตนาของคู่สัญญา สัญญาจะสำเร็จได้ต่อเมื่อมีการชำระหนี้ตามกำหนดเวลาหรือภายใน

¹⁶⁹ เฟิงอ้วง, น. 472.

¹⁷⁰ จิต เศรษฐบุตร, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 154, น. 289.

¹⁷¹ เฟิงอ้วง, น. 290-291.

¹⁷² เฟิงอ้วง, น. 290.

¹⁷³ คำพิพากษาฎีกาที่ 1893/2500, อ้างถึงใน จิต เศรษฐบุตร, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 154, น. 290.

¹⁷⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 388

“ถ้าวัตถุที่ประสงค์แห่งสัญญานั้นว่าโดยสภาพหรือโดยเจตนาที่คู่สัญญาได้แสดงไว้ จะเป็นผลสำเร็จได้ก็แต่ด้วยการ ชำระหนี้ ณ เวลาที่กำหนดก็ดี หรือภายในระยะเวลาอันใดอันหนึ่งซึ่งกำหนดไว้ก็ดี และกำหนดเวลาหรือระยะเวลาอันได้ล่วงพ้นไปโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้ชำระหนี้ไซ้ร ทานว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญานั้นเสียก็ได้ มีพักต้องบอกกล่าวล่วงหน้าไว้ก่อนหน้านั้นเลย

ระยะเวลาซึ่งกำหนด และหากล่วงพ้นกำหนดหรือระยะเวลาโดยคู่สัญญาฝ่ายที่มีหน้าที่มิได้ชำระหนี้ คู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิเลิกสัญญาได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวและกำหนดเวลาพอสมควรตามมาตรา 387 นั้นเลย

และเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำมาตรา 388 จะเห็นว่าตัวบทได้วางหลักให้เป็นข้อยกเว้นของมาตรา 387 โดยกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวและกำหนดเวลาพอสมควร เนื่องจากสัญญานั้นแสดงให้เห็นโดยรูปเรื่องของสัญญาหรือความมุ่งหมายของคู่สัญญาว่าระยะเวลาในการชำระหนี้เป็นสาระสำคัญ และวัตถุประสงค์ของสัญญาจะสำเร็จได้ด้วยชำระหนี้ตามระยะเวลาดังกล่าว และเมื่อระยะเวลาเช่นว่าได้ผ่านพ้นไปโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่มีการชำระหนี้ คู่สัญญาอีกฝ่ายย่อมเลิกสัญญาได้ทันที เพราะถือว่าการไม่ชำระหนี้ได้ปรากฏแน่ชัดแล้ว¹⁷⁵ และคำอธิบายที่ว่าคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้รับชำระหนี้มีสิทธิเลิกสัญญาทันทีเมื่อกำหนดเวลาอันเป็นสาระสำคัญได้ล่วงพ้นไปแล้วเช่นว่านั้นมีความสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายซึ่งปรากฏในรายงานการประชุมคณะกรรมการร่างกฎหมาย เมื่อวันที่ 9 ตุลาคม พ.ศ.2468 ในชั้นตรวจพิจารณาร่างของมาตรา 388 ที่ว่า “..การบอกเลิกสัญญาไม่จำเป็นต้องบอกให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบ เนื่องจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ตกลงกำหนดเวลาไว้แล้ว”¹⁷⁶ ซึ่งกำหนดเวลาอันเป็นสาระสำคัญดังกล่าวย่อมถูกสื่อสารออกมาอย่างแน่ชัดโดยสภาพของสัญญาหรือโดยเจตนาที่คู่สัญญาได้แสดงไว้นั่นเอง

อย่างไรก็ตามกำหนดเวลาชำระหนี้ที่เป็นสาระสำคัญดังกล่าวอาจกลายเป็นกำหนดเวลาที่ไม่มีความสำคัญอีกต่อไป เนื่องจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้แสดงออกในภายหลังว่ากำหนดเวลาชำระหนี้ไม่เป็นสาระสำคัญ เช่น เมื่อหนี้ครบกำหนดเวลาชำระแล้ว แทนที่เจ้าหนี้จะเลิกสัญญาแต่กลับมีพฤติการณ์อันมีลักษณะที่ยินยอมให้ลูกหนี้ผ่อนชำระหนี้ออกไปได้เป็นต้น และหากกรณีตามอุทาหรณ์ข้างต้นหากมีข้อเท็จจริงต่อไปอีกว่าภายหลังที่เจ้าหนี้ยินยอมให้ผ่อนผันการชำระหนี้ แต่ลูกหนี้ยังคงไม่ชำระหนี้อยู่อีก คู่สัญญาฝ่ายเจ้าหนี้จะบอกเลิกสัญญาโดยทันทีมิได้จนกว่าจะได้ดำเนินการบอกกล่าวและกำหนดเวลาพอสมควรตามมาตรา 387 เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้ชำระหนี้อีกครั้งเสียก่อน และเมื่อพ้นกำหนดเวลาพอสมควรโดยที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้จึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้¹⁷⁷

อนึ่งหนึ่งประเภทที่คู่สัญญาต้องจดเว้นกระทำการอันใดอันหนึ่งย่อมถือได้ว่ามีกำหนดระยะเวลาชำระหนี้เป็นสาระสำคัญตั้งแต่เวลาคู่สัญญาได้ตกลงเข้าทำสัญญาแล้ว

¹⁷⁵ จิต เศรษฐบุต, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 154*, น. 291.

¹⁷⁶ โปรตดู หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 125*, น. 827-828

¹⁷⁷ ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 153*, น. 478 - 479.

ดังนั้น หากคู่สัญญาฝ่ายที่มีต้องงดเว้นกระทำการได้ชัดเจนโดยกระทำการขึ้น ย่อมแสดงแน่ชัดแล้วว่าการไม่ชำระหนี้ คู่สัญญาอีกฝ่ายย่อมมีสิทธิเลิกสัญญาโดยไม่จำเป็นต้องบอกกล่าว เช่น สัญญาเช่าซึ่งตามกฎหมายผู้เช่าไม่มีสิทธินำทรัพย์สินที่เช่าไปให้บุคคลภายนอกเช่าช่วง เมื่อผู้เช่าฝ่าฝืนนำทรัพย์สินที่เช่าออกให้เช่าช่วง ผู้ให้เช่าเลิกสัญญาได้โดยไม่ต้องบอกกล่าว¹⁷⁸

(2.1.3) การชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยเพราะเหตุอันโทษ

คู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้ได้

มาตรา 389 วางหลักว่า หากการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยเพราะเหตุอันจะโทษคู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้ได้ คู่สัญญาอีกฝ่ายย่อมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้

เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในตัวบทจะเห็นได้ว่าการชำระหนี้ไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำได้ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ตาม และเหตุที่ทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยต้องเกิดจากความผิดของฝ่ายลูกหนี้อีกด้วย ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเจ้าหนี้มีสิทธิเลิกสัญญาได้

เหตุอันโทษลูกหนี้ได้ย่อมได้แก่ เหตุที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยลูกหนี้จงใจหรือประมาทเลินเล่อ หรืออุบัติเหตุหรือเหตุสุดวิสัยทำให้การชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัยระหว่างที่ลูกหนี้ผิดนัดตามมาตรา 217 ในทางกลับกันถ้าหากการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยเพราะเหตุอันโทษลูกหนี้ไม่ได้ คู่สัญญาฝ่ายเจ้าหนี้อย่อมไม่มีสิทธิเลิกสัญญา แต่ลูกหนี้จะหลุดพ้นจากหนี้ไปตามมาตรา 291 วรรคหนึ่ง หรือมาตรา 370, 371 และ 371 เป็นต้น¹⁷⁹ นอกจากนี้ คู่สัญญาฝ่ายที่มีได้มีความผิดอาจเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายอันเนื่องจากการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยดังกล่าวได้อีกด้วยตามมาตรา 391 วรรคสี่¹⁸⁰

แม้ว่าสิทธิเลิกสัญญาของคู่สัญญาจะเป็นทางเลือกโดยอิสระของคู่สัญญา ซึ่งฝ่ายที่มีสิทธิจะเลือกใช้สิทธิหรือไม่ใช้สิทธิเลิกสัญญาก็ได้ตามความประสงค์ แต่อีกทางหนึ่งการให้เสรีภาพในการเลิกสัญญาย่อมอาจก่อให้เกิดความไม่มั่นคงในนิติฐานะของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่ต้องถูกบอกเลิกสัญญาอีกด้วย คู่สัญญาฝ่ายที่อาจถูกบอกเลิกสัญญาจึงมีสิทธิกระทำการบางอย่างตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้สิทธิหน้าที่ตามสัญญาของตนมีความมั่นคงและแน่นอนได้

¹⁷⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1334/2495 ฎ.994, อ้างถึงใน จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 154*, น. 291.

¹⁷⁹ จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 154*, น. 292.

¹⁸⁰ เพ็งอ้าง.

มาตรา 393 วางหลักต่อไปว่าเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาแล้วไม่ว่าโดยข้อสัญญาหรือโดยบทบัญญัติกฎหมายและยังคงมิได้แสดงเจตนาใช้สิทธิเลิกสัญญานั้น คู่สัญญาฝ่ายที่อาจถูกบอกเลิกสัญญาอาจบอกกล่าวและกำหนดเวลาพอสมควรให้คู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีสิทธิเลิกสัญญานั้นดำเนินการแจ้งให้ตนทราบว่าจะเลิกสัญญาหรือไม่ ถ้าฝ่ายที่มีสิทธิเลิกสัญญาไม่ได้ตอบกลับมายุ่งในกำหนดเวลาพอสมควรดังกล่าว สิทธิเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายนั้นเป็นอันระงับสิ้นไป

(2.2) สิทธิเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะ

สิทธิเลิกสัญญานอกจากจะเกิดขึ้นจากบทบัญญัติกฎหมายทั่วไปในหมวดว่าด้วยการเลิกสัญญาแล้ว นอกจากนี้สิทธิเลิกสัญญาอาจเกิดขึ้นได้จากบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะตามบรรพ 3 เอกเทศสัญญา (specific contract) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีกด้วย ซึ่งเหตุแห่งการเลิกสัญญาย่อมแตกต่างกันไปตามลักษณะเฉพาะตัวของสัญญาแต่ละชนิดอันได้แก่ สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า สัญญาเช่าซื้อ สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาจ้างทำของ และสัญญายืม เป็นต้น แต่ทั้งนี้เมื่อพิจารณาโดยภาพรวมอาจเห็นได้ว่าเหตุเลิกสัญญาเหล่านั้นเป็นเรื่องที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้อันเป็นสาระสำคัญและกระทบกระเทือนต่อเจตนารมณ์ของสัญญาทั้งสิ้น

อนึ่ง สิทธิเลิกสัญญาตามเอกเทศสัญญาต่างๆ มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(2.2.1) สิทธิเลิกสัญญาตามสัญญาซื้อขาย

เมื่อผู้ขายส่งมอบสิ่งสารพัดทรัพย์ซึ่งมีเนื้อที่ขาดตกบกพร่องหรือลำจำนวนถึงขนาดว่าถ้าผู้ซื้อได้ทราบก่อนคงจะมีได้เข้าทำสัญญานั้น ผู้ซื้อที่มีสิทธิเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 566

(2.2.2) สิทธิเลิกสัญญาตามสัญญาเช่า

สิทธิเลิกสัญญาตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติลักษณะเช่าซึ่งประกอบด้วยสิทธิเลิกสัญญาทั้งฝ่ายผู้เช่าและผู้ให้เช่า

ถ้าผู้ให้เช่าส่งมอบทรัพย์ที่เช่าซึ่งโดยสภาพไม่เหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์ตามสัญญาเช่า ผู้เช่ามีสิทธิเลิกสัญญาเช่าได้ตามมาตรา 548

ถ้าเกิดความชำรุดบกพร่องในทรัพย์ที่เช่าแต่ไม่ถึงขนาดที่ทำให้ผู้เช่าไม่ได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ทรัพย์ที่เช่าและผู้ให้เช่าสามารถแก้ไขได้ เมื่อผู้เช่าบอกกล่าวแล้วและผู้ให้เช่าไม่แก้ไขความชำรุดบกพร่องให้คืนดีภายในเวลาอันสมควร ผู้เช่ามีสิทธิเลิกสัญญาเช่าได้หากว่าความชำรุดบกพร่องร้ายแรงถึงขนาดสมควรทำเช่นนั้นตามมาตรา 551

ถ้าระหว่างเวลาเช่ามีเหตุที่ผู้ให้เช่าจำเป็นต้องซ่อมแซมทรัพย์สินที่เช่า เป็นเวลานานเกินสมควรอันเป็นเหตุให้เสื่อมความสะดวกจนไม่เหมาะแก่การใช้ประโยชน์ตามที่เช่า ผู้เช่ามีสิทธิเลิกสัญญาเช่าได้มาตรา 556

ถ้าผู้เช่านำทรัพย์สินที่เช่าออกให้บุคคลภายนอกเช่าช่วงหรือโอนสิทธิ การเช่า ผู้ให้เช่ามีสิทธิเลิกสัญญาเช่าได้ตามมาตรา 544

ถ้าผู้เช่าใช้ทรัพย์สินที่เช่านอกจากที่ไ้กันตามปกตินิยม และเมื่อผู้ให้เช่าบอกกล่าวเตือนแล้วแต่ผู้เช่าละเลยไม่ปฏิบัติตาม ผู้ให้เช่ามีสิทธิเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 552 ประกอบด้วย 554

ถ้าผู้เช่าไม่สงวนรักษาทรัพย์สินที่เช่าเสมือนเช่นวิญญูชนสงวนรักษา ทรัพย์สินของตน และเมื่อผู้ให้เช่าบอกกล่าวเตือนแล้วแต่ผู้เช่าละเลยไม่ปฏิบัติตาม ผู้ให้เช่ามีสิทธิเลิก สัญญาได้ตามมาตรา 552 ประกอบด้วย 554

ถ้าผู้เช่าไม่ชำระค่าเช่า ผู้ให้เช่ามีสิทธิเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 560

ถ้าสัญญาเช่าไม่มีกำหนดเวลา คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญา ได้โดยบอกกล่าวอีกฝ่ายรู้ตัวกำหนดเวลาชำระค่าเช่าระยะหนึ่งเป็นอย่างน้อย แต่ไม่จำเป็นต้องบอกกล่าว ล่วงหน้าเกินสองเดือนตามมาตรา 566

ถ้าทรัพย์สินที่เช่าสูญหายไปบางส่วนโดยมิได้มีเหตุจากความผิดของผู้ เช่าและทำให้ผู้เช่าไม่สามารถใช้สอยทรัพย์สินส่วนที่เหลือให้เหมาะสมแก่ประโยชน์ตามที่เช่า ผู้เช่ามีสิทธิ เลิกสัญญาได้ตามมาตรา 568 วรรคสอง

(2.2.3) สิทธิเลิกสัญญาตามสัญญาเช่าซื้อ

ผู้เช่าซื้อมีสิทธิบอกเลิกสัญญาในเวลาใดก็ได้ด้วยการส่งมอบ ทรัพย์สินกลับคืนให้แก่เจ้าของเสียตามมาตรา 573

ถ้าผู้เช่าซื้อไม่ชำระค่าเช่าซื้อสองงวดติดๆ กันหรือผิดสัญญาในข้อที่ เป็นสาระสำคัญ ผู้ให้เช่าซื้อมีสิทธิเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 574

(2.2.4) สิทธิเลิกสัญญาตามสัญญาจ้างแรงงาน

เมื่อนายจ้างโอนสิทธิความเป็นนายจ้างให้แก่บุคคลภายนอกหรือ ลูกจ้างโอนหน้าที่ของตนให้แก่บุคคลภายนอกโดยมิได้รับความยินยอมจากอีกฝ่าย คู่สัญญาอีกฝ่ายมี สิทธิเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 577

เมื่อลูกจ้างแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือบรรยายว่ามีฝีมือแต่ความเป็น จริงกลับไร้ฝีมือ นายจ้างมีสิทธิเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 578

ถ้าสัญญาจ้างไม่มีกำหนดเวลา คู่สัญญาไม่ว่าฝ่ายใดมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยบอกกล่าวเป็นหนังสือให้อีกฝ่ายทราบล่วงหน้าเมื่อถึงหรือก่อนจะถึงกำหนดชำระค่าจ้างได้ทุกครั้งเพื่อให้ผลเป็นการเลิกสัญญาเมื่อถึงกำหนดชำระค่าจ้างครบถ้วน แต่ไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวล่วงหน้าเกินสามเดือนตามมาตรา 17 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2545

ถ้าลูกจ้างจงใจขัดคำสั่งต่อคำสั่งของนายจ้างอันชอบด้วยกฎหมาย หรือละเลยต่อคำสั่งเช่นว่านั้นเป็นอาชญา หรือละทิ้งงาน หรือกระทำความผิดอย่างร้ายแรง หรือกระทำการอื่นอันไม่สมแก่การปฏิบัติหน้าที่ของตนให้ลุล่วงไปโดยถูกต้องและสุจริต นายจ้างมีสิทธิเลิกจ้างได้ตามมาตรา 593 ซึ่งรายละเอียดอาจจำเป็นต้องพิจารณาประกอบด้วยมาตรา 119 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2545 อีกด้วย

(2.2.5) สิทธิเลิกสัญญาตามสัญญาจ้างทำของ

ถ้าผู้รับจ้างส่งมอบการทำงานที่ทำไม่ทันตามกำหนดเวลาที่ระบุในสัญญาหรือตามเวลาอันสมควร ผู้ว่าจ้างมีสิทธิเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 596 หากว่ากำหนดเวลาเช่นนั้นเป็นสาระสำคัญของสัญญา

ถ้าผู้รับจ้างไม่เริ่มลงมือทำงานในเวลาสมควร หรือกระทำการชักช้าโดยฝ่าฝืนข้อสัญญาหรือชักช้าจนอาจคาดหมายได้ว่าการนั้นจะไม่สำเร็จตามกำหนดเวลาในสัญญา ผู้ว่าจ้างมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 593

(2.2.6) สิทธิเลิกสัญญาตามสัญญาจ้าง

ถ้าผู้ยืมนำทรัพย์สินซึ่งยืมไปใช้งานแตกต่างจากการอันเป็นปกติของทรัพย์สินหรือแตกต่างจากที่กำหนดในสัญญา หรือนำทรัพย์สินซึ่งยืมไปให้บุคคลภายนอกใช้สอย หรือยืมไปไว้นานเกินสมควร ผู้ให้ยืมมีสิทธิเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 643

ถ้าผู้ยืมไม่ดูแลรักษาทรัพย์สินซึ่งยืมเสมือนเช่นวิญญูชนพึงรักษาทรัพย์สินของตนเอง ผู้ให้ยืมมีสิทธิเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 643 และ 644

(2.2.7) สิทธิเลิกสัญญาตามสัญญาตัวแทน

สัญญาตัวแทนย่อมระงับไปด้วยการแสดงเจตนาต่ออีกฝ่าย โดยตัวการจะบอกถอนตัวแทนและตัวแทนจะบอกเลิกการเป็นตัวแทนในเวลาใดๆ ได้ทุกเมื่อตามมาตรา 826 และ 827

(2.2.8) สิทธิเลิกสัญญาตามสัญญาประกันภัย

ถ้าผู้รับประกันภัยต้องคำพิพากษาให้เป็นคนล้มละลาย ผู้เอาประกันมีสิทธิเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 876 และ

ถ้าผู้เอาประกันภัยต้องคำพิพากษาให้เป็นคนล้มละลาย ผู้รับประกันมีสิทธิเลิกสัญญาได้ เว้นแต่เบี้ยประกันจะได้ส่งครบถ้วนแล้วตามมาตรา 876 วรรคสอง

(3) ผลของการใช้สิทธิเลิกสัญญา

เพื่อประโยชน์ในการปรับใช้ผลแห่งเลิกสัญญาที่เหมาะสม เราอาจจำเป็นต้องแบ่งลักษณะของสัญญาโดยใช้ข้อพิจารณาด้านอายุหรือระยะเวลาบังคับของสัญญาเป็นเกณฑ์ ซึ่งทำให้แบ่งแยกสัญญาได้เป็นสองประเภทอันได้แก่ สัญญาที่ก่อหนี้ให้ปฏิบัติการชำระหนี้ครั้งหนึ่งครั้งเดียว และ สัญญาที่ก่อหนี้ให้ปฏิบัติการชำระหนี้เป็นระยะๆ¹⁸¹

(3.1) ผลของการใช้สิทธิเลิกสัญญาที่ก่อหนี้ให้ปฏิบัติการชำระหนี้ครั้งหนึ่งครั้งเดียว

การใช้สิทธิเลิกสัญญาประเภทที่ก่อให้เกิดหนี้ให้คู่สัญญาปฏิบัติชำระหนี้ครั้งหนึ่งครั้งเดียวย่อมมีผลเป็นการระงับสิ้นซึ่งสัญญาซึ่งถือเป็นรากฐานแห่งความสัมพันธ์ทางหนี้ และลบล้างผลแห่งที่ย้อนหลังไปจนถึงเวลาที่เข้าทำสัญญาซึ่งทำให้คู่สัญญามีหน้าที่ต้องทำให้อีกฝ่ายได้กลับเข้าสู่ฐานะเดิม¹⁸² ตามที่มาตรา 391¹⁸³ ได้กำหนด กล่าวอีกนัยหนึ่งคือการใช้สิทธิเลิกสัญญาทำให้ระงับความผูกพันใดๆ ทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นผลที่อาจเกิดขึ้นอนาคตและผลที่เกิดขึ้นในอดีตย้อนหลังไปถึงช่วงเวลาที่ย้อนหลัง (ex tunc effect) เสมือนหนึ่งว่าคู่กรณีไม่เคยมีการเข้าทำสัญญาใดๆ ต่อกันมาก่อน (status quo ante) และทั้งนี้ทำให้คู่กรณีต่างมีหน้าที่ต้องส่งมอบคืนสิ่งของหรือ

¹⁸¹ เฟิงอ้วง, น. 285.

¹⁸² เฟิงอ้วง, น. 286.

¹⁸³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391

“เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็น อยู่เดิมแต่ทั้งนี้จะต้องให้เป็นที่ย่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกหาได้ไม่ ส่วนเงินอันจะต้องใช้คืนในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้นท่านให้บวกดอกเบี้ยเข้าด้วยคิดตั้งแต่วันที่ได้รับไว้

ส่วนที่เป็นการทำงานอันได้กระทำให้และเป็นการยอมให้ใช้ทรัพย์สินนั้น การที่จะชดใช้คืนท่านให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่งการ นั้น ๆ หรือถ้าในสัญญามีกำหนดว่าให้ใช้เงินตอบแทนก็ให้ใช้ตามนั้น

การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้น หากกระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายไม่”

ผลประโยชน์ที่ตนได้รับจากอีกฝ่ายเนื่องจากการเข้าทำสัญญาทั้งสิ้น (*restitution*)¹⁸⁴ ถ้าการกลับคืนสู่ฐานะเดิมทำให้คู่กรณีจำต้องคืนเงินที่ได้รับจากการเข้าทำสัญญานั้นการคืนเงินจำเป็นต้องคืนต้นเงินพร้อมด้วยดอกเบี้ยตามอัตราที่กฎหมายกำหนดหรือหากมีการกำหนดไว้ในสัญญาย่อมเป็นไปตามเจตนาของคู่กรณี¹⁸⁵

ถ้าสัญญาทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สอยทรัพย์สินของอีกฝ่ายนั้น การคืนผลประโยชน์ที่ได้รับจากการใช้สอยทรัพย์สินย่อมกระทำโดยการชดใช้เป็นตัวเงินตามสมควร นอกจากนี้ถ้าตามสัญญาทำให้เกิดการงานที่คู่สัญญาได้ลงมือกระทำไปแล้วซึ่งโดยสภาพไม่อาจคืนกันได้ คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับประโยชน์จากการงานนั้นจำต้องชดใช้เป็นค่าแห่งการงานนั้นให้แก่อีกฝ่ายตามสมควร¹⁸⁶

สำหรับมัดจำที่คู่สัญญาได้ส่งมอบให้แก่กัน หากการเลิกสัญญาเกิดจากความผิดของคู่กรณีฝ่ายที่วางมัดจำนั้น คู่กรณีอีกฝ่ายที่ได้รับมัดจำไว้มีสิทธิรับได้ตามมาตรา 378 (2) แม้สัญญาจะจับสັນไปแล้วก็ตาม¹⁸⁷ สิทธิรับมัดจำเนื่องจากความผิดของฝ่ายที่วางมัดจำดังกล่าวเป็นไปตามเจตนารมณ์ของคณะกรรมการร่างกฎหมาย ซึ่งในช่วงท้ายของการประชุมร่างหมวดว่าด้วยการเลิกสัญญา วันที่ 9 ตุลาคม พ.ศ.2486 ที่ประชุมได้หยิบยกมาตรา 378 ซึ่งอยู่ในหมวดมัดจำบกพร่องขึ้นมาตรวจพิจารณาทบทวนใหม่อีกครั้งหนึ่ง และตกลงให้เพิ่มเติมข้อความตามทำนองมาตรา 338 ของประมวลกฎหมายเยอรมัน มีข้อความว่า “or if the rescinding of a contract is due to his fault” เข้าไปในต้นร่างมาตรา 378 อีกด้วย¹⁸⁸ การเพิ่มเติมข้อความดังกล่าวทำให้สิทธิรับมัดจำเนื่องจากความผิดของฝ่ายที่วางมัดจำภายหลังการเลิกสัญญาได้รับรองตามกฎหมายตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา

การที่คู่สัญญาต้องทำให้อีกฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 391 ถือเป็นการชำระหนี้อย่างหนึ่ง นอกจากนี้มาตรา 392 วางหลักต่อไปว่า การชำระหนี้ของคู่สัญญาอัน

¹⁸⁴ ศนันท์กรณ โสติพันธ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 153*, น. 488-491, see also Richard R.W. Brooks and Alexander Stremitzer, *supra note 49*, p. 692.

¹⁸⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 2397/2545 เล่มที่ 5 หน้า 57 (สำนักงานส่งเสริมตุลาการ) วินิจฉัยว่า “หลังจากที่เลิกสัญญาแล้วจำเลยไม่ชำระหนี้ โจทก์มีสิทธิคิดดอกเบี้ยในอัตราที่ตกลงกันในสัญญาได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 224”, อ้างถึงใน ศนันท์กรณ โสติพันธ์, *เพ็ญอ้าง*, น. 494

¹⁸⁶ ศนันท์กรณ โสติพันธ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 153*, น. 492-494.

¹⁸⁷ *เพ็ญอ้าง*, น. 499-500.

¹⁸⁸ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 125*, น. 833.

เกิดจากการเลิกสัญญานั้นให้เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 369¹⁸⁹ ซึ่งได้วางหลักเรื่องสัญญาต่างตอบแทน ดังนั้นการปฏิบัติชำระหนี้เพื่อให้อีกฝ่ายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณีแต่ละฝ่ายย่อมมีความสัมพันธ์ต่อความพร้อมในการชำระหนี้ตอบแทนของอีกฝ่ายหนึ่งด้วย ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของสัญญาต่างตอบแทน¹⁹⁰

(3.2) ผลของการใช้สิทธิเลิกสัญญาที่ก่อให้เกิดการปฏิบัติชำระหนี้

เป็นระยะๆ

สำหรับสัญญาที่ก่อให้เกิดการปฏิบัติชำระหนี้อย่างต่อเนื่องหรือเป็นระยะๆ ถือเป็นสัญญามีลักษณะที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางหนี้ระหว่างคู่สัญญาเป็นประจำตามระยะเวลาของสัญญา เช่น สัญญาเช่าทรัพย์สินซึ่งผู้เช่าต้องชำระค่าเช่าเป็นระยะๆ ตามงวดการเช่าแก่ผู้ให้เช่าซึ่งในทางกลับกันผู้ให้เช่ามีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินให้ผู้เช่าได้ใช้สอยหรือได้รับประโยชน์เป็นต้น ซึ่งนอกจากสัญญาเช่าแล้วยังมีสัญญาลักษณะอื่นที่ก่อให้เกิดการปฏิบัติชำระหนี้เป็นระยะๆ อีกด้วยอันได้แก่ จ้างแรงงาน สัญญาตั้งสมาคม สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนและบริษัทจำกัด¹⁹¹ และสัญญาเช่าซื้อ¹⁹² อีกทั้งรวมไปถึงสัญญาชนิดที่มีได้ก่อให้เกิดหนี้ให้ปฏิบัติชำระหนี้เป็นระยะๆ แต่ควรให้ถือว่าเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดการปฏิบัติชำระหนี้เป็นระยะๆ ช่วไปอีกด้วยเนื่องจากคู่สัญญาได้ตกลงกันว่าจะทำสัญญาอย่างเดียวกันซ้ำๆ เป็นระยะเวลาหนึ่ง เช่น สัญญาที่ร้านอาหารตกลงทำอาหารกลางวันให้ลูกค้ารับประทานเป็นประจำโดยคิดราคาเหมาเป็นรายสัปดาห์ซึ่งมีกำหนดเวลาตามสัญญาเป็นระยะเวลาหนึ่ง เช่น สามเดือน หรืออาจไม่มีกำหนดเวลาสิ้นสุดกันก็ได้ หรือสัญญาที่บอกรับหนังสือพิมพ์เป็นประจำเป็นระยะเวลาหนึ่ง เช่น หนึ่งปี หรืออาจไม่มีกำหนดเวลาสิ้นสุดก็ได้¹⁹³ โดยทั่วไปสัญญาประเภทนี้อาจเลิกกันเนื่องจากคู่สัญญาได้กำหนดระยะเวลาสิ้นสุดเอาไว้หรือมีการบอกกล่าวล่วงหน้าเพื่อเลิกสัญญาในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้กำหนดระยะเวลาสิ้นสุดของสัญญาไว้ เช่น การบอกกล่าวล่วงหน้าเพื่อเลิกสัญญาเช่าตามมาตรา 566 หรือการบอกกล่าวล่วงหน้าเพื่อเลิกสัญญา

¹⁸⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 369

“ในสัญญาต่างตอบแทนนั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่ยอมชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้หรือขอปฏิบัติการชำระหนี้ก็ได้ แต่ความข้อนี้ห้ามมิให้ใช้บังคับถ้าหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังไม่ถึงกำหนด”

¹⁹⁰ จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 154, น. 301.

¹⁹¹ เฟิงอ้าง, น. 286.

¹⁹² ศนันท์กรณ โสติพิพันธุ์ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 153, น. 499.

¹⁹³ จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 154, น. 286.

จ้างตามมาตรา 582 เป็นต้น¹⁹⁴ เมื่อพิจารณาตามสภาพของสัญญาเช่าจะเห็นได้ว่าการชำระหนี้ที่ได้กระทำลงในอดีตย่อมมีผลสมบูรณ์ หนี้แต่ละช่วงเวลาย่อมมีผลระงับสิ้นไป และไม่ว่าสัญญาเช่าจะระงับสิ้นไปเพราะเหตุแห่งสัญญาก็ดี เช่น ถ้าผู้เช่าไม่สงวนรักษาทรัพย์สินที่เช่าให้สัญญาเช่าระงับสิ้นทันที เป็นต้น เหตุตามที่กฎหมายกำหนดเนื่องจากครบกำหนดระยะเวลาเช่าก็ดี เหตุแห่งตัวทรัพย์สินที่เช่าซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาเช่าได้สูญสลายไปทั้งหมดก็ดี หรือเหตุที่ผู้เช่าถึงแก่ความตายก็ดี ความระงับของสัญญาเช่าย่อมมีผลระงับนิติสัมพันธ์ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต¹⁹⁵ อีกทั้งตัวบทกจะนิยมเลือกใช้คำว่าสัญญาสิ้นสุดลงเพื่อสื่อความหมายว่าความระงับของสัญญาในกลุ่มนี้ไม่มีผลย้อนหลัง โดยถือว่าความสัมพันธ์ตามสัญญาที่เคยมีอยู่ก่อนที่จะสัญญาจะมีผลระงับสิ้นไปยังคงมีอยู่ต่อไป และการชำระหนี้ใดๆ ที่เคยกระทำถือเป็นการชำระหนี้ที่มีฐานในทางกฎหมายรองรับโดยถูกต้องทุกประการ¹⁹⁶ นอกจากนี้มีข้อสังเกตว่าการบอกกล่าวล่วงหน้าเพื่อเลิกสัญญาเช่าตามมาตรา 566 และสัญญาจ้างแรงงานตามมาตรา 562 ใช้ถ้อยคำภาษาอังกฤษว่า “to terminate”¹⁹⁷ ซึ่งทั้งสองกรณีเป็นสัญญาที่มีลักษณะก่อหนี้ให้คู่สัญญาปฏิบัติชำระต่อเนื่องเป็นระยะๆ ซึ่งแตกต่างไปจากมาตราในหมวดว่าด้วยการเลิกสัญญา (rescission) ที่ใช้ถ้อยคำว่า ‘to rescind’ แทนการใช้สิทธิเลิกสัญญาดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วข้างต้น

สำหรับผลของการเลิกสัญญาประเภทที่ก่อหนี้ให้คู่สัญญาปฏิบัติเป็นระยะๆ อันมีเหตุจากคู่สัญญาใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติกฎหมายนั้นมีความไม่ลงรอยระหว่างแนวคำอธิบายในทางตำราของนักนิติศาสตร์ชาวไทยกับแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาของไทย สำหรับแนวคำอธิบายในทางตำรามีความเห็นว่าเมื่อสัญญาประเภทที่ก่อหนี้ให้คู่สัญญาปฏิบัติเป็นระยะช่วงๆ ได้สิ้นสุดลงไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตามซึ่งรวมไปถึงการเลิกสัญญาอันมีเหตุจากการที่คู่สัญญาใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญาหรือบทบัญญัติกฎหมาย การเลิกสัญญานั้นย่อมมีผลทำให้สัญญาสิ้นสุดโดยไม่มีผลผูกพันไปในอนาคต (*ex nunc effect*) และไม่มีผลย้อนหลังไปในเวลาที่ทำสัญญาเช่นกรณีการเลิกสัญญา (rescission)¹⁹⁸ เหตุที่เป็นเช่นนั้นเนื่องจากเหตุผลที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นว่าระหว่างที่ยังไม่มีการใช้สิทธิเลิกสัญญานั้นคู่สัญญาอาจได้ชำระหนี้ต่อกันไปบ้างแล้วซึ่งการชำระหนี้ที่ได้กระทำ

¹⁹⁴ เฟิงอ้าง, น. 287.

¹⁹⁵ ศนันท์กรณ โสติพิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 18, น. 149-151.

¹⁹⁶ ศนันท์กรณ โสติพิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 153, น. 498.

¹⁹⁷ จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 154, น. 287.

¹⁹⁸ ศนันท์กรณ โสติพิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 153, น. 477, และดู จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 154, น. 287, see also Richard R.W. Brooks and Alexander Stremitzer, *supra* note 53, p. 692.

ลงยอมเป็นการกระทำซึ่งมีฐานในทางกฎหมายรองรับ และหนี้ที่เกิดขึ้นเป็นระยะๆ นั้นได้ระงับสิ้นไป ด้วยการชำระหนี้นั้น นอกจากนี้การนำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณีตามมาตรา 391 มาปรับใช้แก่สัญญาประเภทที่ก่อหนี้ให้คู่สัญญาปฏิบัติเป็นระยะๆ อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมหรือได้เปรียบเสียเปรียบอีกด้วย เช่น สัญญาเช่าที่คู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญาเช่าเป็นระยะเวลาหนึ่งแล้วต่อมาฝ่ายผู้เช่าไม่ชำระค่าเช่า ผู้ให้เช่าบอกกล่าวและกำหนดเวลาพอสมควรแล้วแต่ผู้เช่าเพิกเฉยจึงใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาเช่า การนำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณีมาปรับใช้แก่กรณีดังกล่าวย่อมมีผลให้ผู้เช่ามีหน้าที่ต้องคืนเงินค่าเช่าซึ่งตนได้รับพร้อมดอกเบี้ยให้แก่ผู้เช่า แต่ผู้เช่าในฐานะที่เป็นฝ่ายผิดสัญญามีหน้าที่เพียงต้องคืนทรัพย์สินที่เช่าและชำระค่าใช้สอยทรัพย์สินเท่านั้น ซึ่งก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมเนื่องจากฝ่ายผู้ให้เช่าที่มีได้เป็นฝ่ายผิดสัญญากลับต้องชำระดอกเบี้ยให้แก่ผู้เช่าซึ่งเป็นฝ่ายผิดสัญญา เป็นต้น¹⁹⁹

ส่วนแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาของไทยที่วินิจฉัยในเรื่องผลของการเลิกสัญญาประเภทที่ก่อหนี้ให้คู่สัญญาปฏิบัติเป็นระยะๆ ที่มีเหตุจากการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาตามข้อสัญญาหรือข้อกำหนด โดยแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาได้นำผลของการเลิกสัญญาตามมาตรา 391 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งถือเป็นบทกฎหมายทั่วไปที่อยู่ในหมวดว่าด้วยการเลิกสัญญาที่กำหนดให้คู่กรณีมีหน้าที่ต้องทำให้อีกฝ่ายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมมาปรับใช้แก่กรณีการเลิกสัญญาที่ก่อหนี้ให้คู่สัญญาปฏิบัติเป็นระยะๆ เนื่องจากเห็นว่าในสัญญาเช่า สัญญาเช่าซื้อ และสัญญาจ้างแรงงานนั้นมิได้บัญญัติกฎหมายรองรับผลของการเลิกสัญญาประเภทที่ก่อหนี้ให้คู่สัญญาปฏิบัติเป็นระยะๆ เอาไว้เป็นการเฉพาะ²⁰⁰ เช่น คำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 12803/2557²⁰¹ เป็นต้น

¹⁹⁹ ศนันท์กรณ โสติพิพันธุ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 153*, น. 496.

²⁰⁰ *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 153*, น. 498.

²⁰¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12803/2557 ตอนที่ 9 หน้า 2566 วินิจฉัยว่า เมื่อโจทก์ให้ผู้เช่าใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาแก่ผู้เช่าโดยชอบตามข้อสัญญาเพราะผู้เช่าผิดสัญญาค้างชำระค่าเช่า สัญญาเช่าย่อมเป็นอันสิ้นสุดความผูกพัน คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 391 วรรคหนึ่ง ป.พ.พ. โจทก์เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอาคารพาณิชย์ย่อมมีสิทธิหาประโยชน์โดยการนำออกให้เช่าได้ จำเลยซึ่งเป็นผู้เช่าช่วงอาคารพาณิชย์จากผู้เช่าและเข้าอยู่โดยอาศัยสิทธิของผู้เช่าตามสัญญาเช่าระหว่างโจทก์กับผู้เช่าย่อมไม่อาจยกข้อสัญญาที่สิ้นสุดผูกพันระหว่างโจทก์กับผู้เช่าขึ้นกล่าวอ้างเพื่อให้โจทก์ปฏิบัติตามได้อีก หากจำเลยต้องเสียหายประการใดเป็นหน้าที่ของจำเลยต้องไปว่ากล่าวกับผู้ที่ทำให้ตนต้องเสียหายอีกส่วนหนึ่ง ไม่เป็นการขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 วรรคหนึ่ง, อ้างถึงใน ศนันท์กรณ โสติพิพันธุ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 153*, น. 498

2.2.3.2 การเลิกสัญญาโดยเจตนาสองฝ่าย

ดังที่กล่าวไปข้างต้นแล้วว่าการใช้สิทธิเลิกสัญญาเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียว แต่บางกรณีคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอาจตกลงกันใหม่อีกครั้งเพื่อยกเลิกสัญญาเดิมซึ่งในกรณีหลังถือเป็นนิติกรรมสองฝ่ายหรือสัญญาซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่ไม่มีแบบตามที่กฎหมายกำหนด ทำให้คู่สัญญาอาจทำข้อตกลงเลิกสัญญาด้วยวาจาได้อีกด้วยแม้ว่าสัญญาเดิมที่ถูกเลิกจะต้องทำตามแบบก็ตาม แต่ทั้งนี้การตกลงเลิกสัญญาไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติหมวดว่าด้วยการเลิกสัญญาตามมาตรา 386 ถึง 394 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากผลของการเลิกสัญญาย่อมเป็นไปตามที่ตกลงกันไว้ตามแต่กรณีไป²⁰² และอย่างน้อยที่สุดการเลิกสัญญาโดยเจตนาสองฝ่ายต้องมุ่งให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิในลักษณะที่ทำให้สิทธิตามสัญญาฉบับเดิมระงับสิ้นไป ส่วนจะระงับไปตั้งแต่เมื่อใดหรือผลของการเลิกสัญญาจะมีรายละเอียดเป็นไปประการใดนั้นหากคู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนาตกลงในผลของการเลิกสัญญาเอาไว้คาดว่าจะต้องนำหลักการเดียวกับกรณีการใช้เลิกสัญญาโดยเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายเดียวมาปรับใช้โดยอนุโลม²⁰³ มีแนวคำอธิบายว่าการเลิกสัญญาโดยเจตนาของคู่สัญญาสองฝ่ายอาจแบ่งได้ดังนี้

(1) การทำข้อตกลงเลิกสัญญา

แม้ว่าสัญญาที่ถูกจัดทำขึ้นจะมีผลผูกพันแน่นอนหนักแน่นดังกฎหมายของคู่สัญญา แต่เมื่อคู่สัญญาเห็นพ้องต้องกันว่าสัญญาที่เคยได้จัดทำขึ้นและมีผลผูกพันอยู่นั้นไม่ควรที่จะดำรงอยู่ต่อไปเนื่องจากเหตุผลบางประการที่คู่สัญญามีร่วมกัน คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอาจตกลงเลิกสัญญาซึ่งมีลักษณะเป็นการจัดทำนิติกรรมขึ้นใหม่เพื่อให้มีผลเป็นการระงับสิทธิหน้าที่หรือนิติสัมพันธ์ที่มีอยู่ตามสัญญาเดิม²⁰⁴

(2) การแสดงเจตนาทำคำเสนอขอเลิกสัญญาและอีกฝ่ายมีคำสนองรับให้เลิกสัญญา

เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเห็นว่าความสัมพันธ์ตามสัญญาเดิมไม่อาจดำเนินต่อไปหรือไม่อาจรักษาเอาไว้ได้อีกต่อไป คู่สัญญาฝ่ายนั้นจึงทำคำเสนอขอเลิกสัญญาต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายซึ่งได้รับคำเสนอขอเลิกสัญญาเห็นสมควรอาจแสดงเจตนาตอบรับคำเสนอขอเลิกสัญญาดังกล่าว และเกิดผลขึ้นเป็นสัญญาที่มีลักษณะระงับนิติสัมพันธ์ตามสัญญาเดิมซึ่งตั้งอยู่บนฐานของคำเสนอและคำสนองที่ถูกต้องตรงกัน และเนื่องจากเป็นกรณีการทำสัญญาเพื่อเลิกสัญญาจึงอาจ

²⁰² จิต เศรษฐบุตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 154*, น. 294-295.

²⁰³ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 153*, น. 488 – 489

²⁰⁴ *เพ็ญอ้าง*, น. 469.

ใช้วิธีการก่อสัญญาทั้งในรูปแบบปกติและการทำคำสนองโดยปริยายต่อคำเสนอขอเลิกสัญญาได้²⁰⁵ มีข้อสังเกตว่าการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาที่ไม่มีสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายย่อมไม่มีผลทำให้สัญญาระงับสิ้นลงและสัญญายังคงมีผลผูกพันต่อคู่สัญญาเช่นเดิม ทั้งนี้ผู้ที่บอกเลิกสัญญาโดยมิชอบอาจตกเป็นผู้ผิดสัญญาเสียเองและก่อให้เกิดสิทธิเลิกสัญญาแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายแทน อย่างไรก็ตามการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยมิชอบด้วยกฎหมายอาจเข้าลักษณะทางกฎหมายที่เรียกว่า “คำเสนอขอเลิกสัญญา” ซึ่งอีกฝ่ายอาจตอบรับไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายและก่อให้เกิดขึ้นเป็นสัญญาฉบับใหม่เพื่อระงับนิติสัมพันธ์ตามสัญญาเดิมได้²⁰⁶ ผลของการเลิกสัญญาที่เกิดขึ้นจากเจตนาสองฝ่ายย่อมเป็นไปตามแต่ที่คู่กรณีจะได้ตกลงกัน ส่วนจะระงับสิ้นไปเมื่อใดหรือผลของการเลิกสัญญาจะเป็นอย่างไรควรเป็นไปตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกันในข้อตกลงเลิกสัญญานั้นๆ²⁰⁷ และถ้าคู่สัญญาไม่ได้กำหนดรายละเอียดในผลของข้อตกลงเลิกสัญญาไว้เข้าใจว่าน่าจะต้องนำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณีตามมาตรา 391 อันเป็นผลแห่งเลิกสัญญาโดยการใช้สิทธิเลิกสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวตามที่กฎหมายกำหนดมาปรับใช้แก่ข้อตกลงเลิกสัญญาโดยอนุโลม กล่าวคือคู่สัญญาฝ่ายใดได้รับประโยชน์ใดๆ ไปจากสัญญาฉบับเดิม เมื่อสัญญาเดิมไม่มีอยู่อีกต่อไป ต่างฝ่ายจึงต้องคืนสิ่งที่ได้รับต่อกันไปหรือคืนเงินเป็นค่าใช้สอยทรัพย์สิน สำหรับการคืนเงินที่ได้รับกันไว้จำต้องคืนพร้อมดอกเบี้ย ส่วนของค่าเสียหายนั้นหากคู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันไว้แสดงว่ามิได้เกิดความเสียหายขึ้น ค่าเสียหายจึงไม่ควรเรียกร้องจากกันได้²⁰⁸

2.4 สรุป

แต่เดิมหลักกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญาไม่เป็นที่รับรู้ในกฎหมายโรมัน โดยพัฒนาการของหลักกฎหมายในเรื่องการเลิกสัญญาเริ่มเป็นที่ยอมรับในช่วงยุค ‘*ius commune*’ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าทั่วไปทั้งยุโรปมีระบบกฎหมายโรมันที่ใช้ร่วมกัน และอิทธิพลของกฎหมายโรมันยังคงมีมาอย่างต่อเนื่องจนถึงช่วงการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและถูกศึกษาทำให้ละเอียดลึกซึ้งยิ่งขึ้นในช่วงของการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งต่อมาในช่วงการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้เลือกใช้รูปแบบการจัดทำโค้ดตามธรรมเนียมระบบกฎหมายภาคพื้นทวีปหรือระบบซีวิลลอว์ ทำให้ระบบกฎหมายไทยได้รับเอาหลักกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญา (*rescission of*

²⁰⁵ เฟิงอ้าง.

²⁰⁶ เฟิงอ้าง, น. 503-504.

²⁰⁷ เฟิงอ้าง, น. 488-489.

²⁰⁸ เฟิงอ้าง, น. 488-489 และ 502-503.

contract) เข้ามาในช่วงของการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 โดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นและประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นต้นแบบในการจัดทำร่างกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญาดังกล่าว

การเลิกสัญญาในระบบกฎหมายไทยอาจจัดแบ่งได้เป็นสองประเภทซึ่งได้แก่ การเลิกสัญญาที่เกิดจากคู่สัญญาใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียว และการเลิกสัญญาที่เกิดขึ้นจากคู่สัญญาสองฝ่าย ทั้งนี้การใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวนั้นคู่สัญญาใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาต้องมีสิทธิเลิกสัญญาตามข้อสัญญาและข้อกำหนดแล้วแต่กรณี ส่วนการเลิกสัญญาที่เกิดขึ้นจากคู่สัญญาสองฝ่ายนั้นคู่สัญญาทั้งสองต้องมีเจตนาร่วมกันที่จะเปลี่ยนแปลงระบอบซึ่งความสัมพันธ์ตามสัญญาฉบับเดิมซึ่งกระทำได้ตามหลักอิสระในทางแพ่ง และผลของการใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวย่อมเป็นไปตามหลักการกลับคืนสู่ฐานเดิมตามที่มาตรา 391 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนด แต่ทั้งนี้การนำหลักการกลับคืนสู่ฐานเดิมมาใช้บังคับอาจไม่เหมาะสมแก่กรณีการเลิกสัญญาที่มีลักษณะก่อหนี้อย่างต่อเนื่อง เช่น สัญญาเช่า สัญญาจ้างแรงงาน เป็นต้น เนื่องจากเป็นการรื้อฟื้นหนี้ที่ชำระเสร็จสิ้นแล้วขึ้นใหม่ซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่เหมาะสมและไม่เป็นธรรมได้ในบางกรณี ส่วนผลของการเลิกสัญญาที่เกิดขึ้นจากเจตนาสองฝ่ายย่อมเป็นไปตามที่คู่กรณีได้ตกลงกัน ถ้าคู่กรณีมิได้ตกลงไว้เข้าใจว่าอาจนำหลักการกลับคืนสู่ฐานเดิมตามมาตรา 391 ซึ่งว่าด้วยผลของการใช้สิทธิเลิกสัญญา เข้าปรับใช้แก่กรณีโดยเทียบเคียงในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

บทที่ 3

การเลิกสัญญาโดยปริยายในระบบกฎหมายไทย

3.1 ความนำ

ระบบกฎหมายไทยยอมรับให้มีการเลิกสัญญาโดยปริยายได้หรือไม่ถือเป็นปัญหาสำคัญในทางวิชาการ แต่ทั้งนี้เป็นที่ยอมรับกันว่าคู่สัญญาอาจแสดงเจตนาต่อกันเพื่อเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางสัญญาได้ในภายหลังตามหลักอิสระทางแพ่ง และการเลิกสัญญาโดยปริยายที่เกิดขึ้นจากเจตนาคู่สัญญาสองฝ่ายเข้าใจว่ามีพื้นฐานจากคำเสนอและคำสนองที่ถูกต้องตรงเช่นเดียวกับการเกิดขึ้นของสัญญาทั่วไป ด้วยเหตุนี้การศึกษาหลักกฎหมายว่าด้วยการแสดงเจตนา และหลักการทำคำเสนอและคำสนองเพื่อก่อให้เกิดเป็นสัญญาที่ปรับใช้อยู่ในปัจจุบัน รวมทั้งแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาในเรื่องที่เกี่ยวข้อง อาจเป็นช่วยเป็นแนวทางในการทำความเข้าใจเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยายในระบบกฎหมายไทยได้ไม่น้อย

3.2 ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยการเลิกสัญญาโดยปริยาย

การเลิกสัญญาเป็นกรณีที่คู่สัญญาทำให้สัญญาระงับสิ้นผลไปอย่างเด็ดขาดโดยเจตนาของคู่สัญญาและทำลายบ่อเกิดแห่งหนี้และนิติสัมพันธ์ทั้งหมดเสมือนหนึ่งว่าคู่กรณีไม่เคยเข้าทำสัญญาหรือไม่เคยมีความสัมพันธ์ทางสัญญาใดๆ ต่อกัน และโดยทั่วไปการเลิกสัญญาย่อมมีผลทำให้คู่กรณีต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม ทั้งนี้ระบบกฎหมายไทยอาจแบ่งการเลิกสัญญาได้เป็นสองประเภทอันได้แก่ การเลิกสัญญาโดยเจตนาฝ่ายเดียว และการเลิกสัญญาโดยเจตนาสองฝ่าย เป็นต้น สำหรับการเลิกสัญญาโดยเจตนาฝ่ายเดียวเกิดขึ้นเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาซึ่งมีเหตุที่เกิดจากข้อสัญญาและข้อกฎหมาย ส่วนการเลิกสัญญาโดยเจตนาสองฝ่ายนั้นเกิดขึ้นจากการที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายทำข้อตกลงเลิกสัญญาและการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอขอเลิกสัญญาและอีกฝ่ายสนองรับเกิดขึ้นเป็นนิติกรรมสัญญาที่ระงับนิติสัมพันธ์ตามสัญญาเดิมดังรายละเอียดที่กล่าวไปข้างต้น

คำว่า “ปริยาย” ตามพจนานุกรมไทยฉบับราชบัณฑิตยสถานมีความหมายว่า อย่าง, ทาง, หนทางหรือการกล่าวอ้อมค้อม, นัยทางอ้อม หรือการสอน, การเล่าเรื่องอ้อม มีความหมายตรงและถูกระบุอยู่ในบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หลายมาตราและปรากฏกระจายอยู่ทั่วไปในประมวลกฎหมายฯ เช่น มาตรา 196/14 (5) อายุความสะดุดหยุดลงเมื่อลูกหนี้ได้กระทำการอย่างใดๆ อันปราศจากข้อสงสัยให้เห็นเป็นปริยายว่ารับสภาพหนี้, มาตรา 576 ถ้าตามพฤติการณ์

ไม่อาจคาดหมายได้ว่าจะพึงทำให้เปล่าย่อมถ้อยเอาโดยปริยายว่ามีคำมั่นจะให้สินจ้างในสัญญาจ้างทำของ, มาตรา 658 ถ้าโดยพฤติการณ์พึงคาดหมายได้ว่าเขาได้รับฝากทรัพย์สินก็เพื่อจะได้รับบำเหน็จค่าฝากทรัพย์สินเท่านั้น ให้ถือว่าเป็นคู่สัญญาได้ตกลงกันโดยปริยายว่ามีบำเหน็จเช่นนั้นในสัญญาฝากทรัพย์สิน, มาตรา 797 วรรคสอง อันความเป็นตัวแทนเป็นโดยการแต่งตั้งแสดงออกชัดหรือโดยปริยายก็ได้, มาตรา 1719 ผู้จัดการมรดกมีสิทธิและหน้าที่ที่จะทำการอันจำเป็นเพื่อให้การเป็นไปตามคำสั่งของอันแจ้งชัดหรือโดยปริยายแห่งพินัยกรรม และเพื่อจัดการมรดกโดยทั่วไปหรือเพื่อแบ่งปันทรัพย์สินมรดก ฯลฯ เป็นต้น และเมื่อพิจารณาจะเห็นได้ว่าถ้อยคำดังกล่าวถูกใช้เป็นส่วนหนึ่งของบทสันนิษฐานตามกฎหมายว่าเป็นข้อสัญญาที่มีอยู่เสมอในสัญญาบางลักษณะ เช่น ข้อตกลงเกี่ยวกับค่าจ้างทำของตาม มาตรา 576 ซึ่งถ้าตามพฤติการณ์ไม่อาจคาดเห็นได้ว่าผู้รับจ้างทำการงานให้เปล่าโดยไม่มีค่าใช้จ่าย ให้ถือว่าผู้ว่าจ้างมีคำมั่นจะให้สินจ้างโดยปริยายในสัญญาจ้างทำของ เป็นต้น ในทางกลับกันได้ถ้อยคำดังกล่าวถูกใช้เป็นข้อสันนิษฐานของการแสดงเจตนาทำนิติกรรมหรือข้อตกลงที่มีลักษณะแตกต่างไปจากลักษณะทั่วไปในเอกเทศสัญญานั้นๆ หากมีเหตุอันควรเชื่อว่าเป็นเช่นนั้น เช่น ข้อตกลงเกี่ยวกับค่ารับฝากทรัพย์สินตามมาตรา 658 ถ้าพฤติการณ์คาดหมายได้ว่าผู้รับฝากทรัพย์สินกระทำเพื่อบำเหน็จให้ถือว่าการตกลงกันโดยปริยายว่ามีบำเหน็จ เป็นต้น หรือใช้เพื่อก่อตั้งอำนาจหน้าที่ของบุคคลหนึ่งตามเจตนาโดยปริยายของอีกบุคคลหนึ่ง เช่น อำนาจหน้าที่ของผู้จัดการมรดกที่ต้องกระทำตามเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายของผู้จัดทำพินัยกรรมตามมาตรา 1719 หรืออำนาจหน้าที่ของตัวแทนที่ได้รับการแต่งตั้งโดยปริยายจากตัวการ เป็นต้น นอกจากนี้การที่ผู้มีสิทธิบอกล้างโมฆียะกรรมมีการกระทำตามที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา 180¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อาจถือได้ว่าเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานในเรื่องให้สัตยาบันโดยปริยายซึ่งรายละเอียดจะได้กล่าวต่อไป

¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 180 บัญญัติว่า

“ภายหลังเวลาอันพึงให้สัตยาบันได้ตามมาตรา 179 ถ้ามีพฤติการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้เกิดขึ้นเกี่ยวกับโมฆียะกรรมโดยการกระทำของบุคคลซึ่งมีสิทธิบอกล้างโมฆียะกรรมตามมาตรา 175 ถ้ามิได้สงวนสิทธิไว้แจ้งชัดประการใดให้ถือว่าเป็นการให้สัตยาบัน

- (1) ได้ปฏิบัติการชำระหนี้แล้วทั้งหมดหรือแต่บางส่วน
- (2) ได้มีการเรียกให้ชำระหนี้แล้ว
- (3) ได้มีการแปลงหนี้ใหม่
- (4) ได้มีการให้ประกันเพื่อหนี้
- (5) ได้มีการโอนสิทธิหรือความรับผิดชอบทั้งหมดหรือแต่บางส่วน
- (6) ได้มีการกระทำอย่างอื่นอันแสดงได้ว่าเป็นการให้สัตยาบัน”

3.3 ประเภทของการวิธีการในแสดงเจตนา

การแสดงเจตนาถือเป็นศัพท์ทางเทคนิค (technical terms) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์² หมายถึง การแสดงออกซึ่งความต้องการของเอกชนที่มุ่งให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง³ แต่คำพิงเจตนาภายในใจของบุคคลนั้นหากมิได้มีการเปิดเผยหรือแสดงออกมาให้ปรากฏรับรู้ต่อสาธารณะย่อมเหลือวิสัยที่กฎหมายบังคับให้ได้ การแสดงเจตนาจึงต้องเป็นการแสดงออกซึ่งความต้องการภายในของเอกชนให้ปรากฏให้วิญญูชนเข้าใจได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาในลักษณะที่สำเร็จเด็ดขาดลงแล้ว หากอยู่ในระหว่างเตรียมการแสดงเจตนาแล้วย่อมถือไม่ได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาที่สำเร็จเด็ดขาดออกมาแล้ว เช่น ผู้แสดงเจตนาร่างพินัยกรรมในกระดาษในลักษณะที่เห็นได้ว่ายังไม่สำเร็จเป็นพินัยกรรมที่สมบูรณ์ หรือการลงนามในจดหมายแต่ยังมิได้ส่งไปยังผู้รับ เป็นต้น เนื่องจากผู้แสดงเจตนาอาจเปลี่ยนแปลงเนื้อหาแห่งเจตนาที่ตนประสงค์จะแสดงออกได้⁴ หรือถูกขัดขวางตัดทอนกลางคันทำให้ยังไม่แสดงออกมาให้ครบถ้วนตามวิธีการ เช่น บุคคลกำลังอ้าปากกล่าววาจาหรือกำลังจะพยักหน้าสนองรับซื้อทรัพย์สินที่ได้รับการเสนอขาย แต่ถูกยิงตามเสียก่อนไม่ทันได้แสดงวาจาภิรยาเป็นเครื่องหมายแสดงความตั้งใจในการนั้นออกไปครบถ้วน สัญญาย่อมไม่เกิดขึ้น และเจตนาที่ยังไม่ได้แสดงออกครบถ้วนย่อมไม่ต่างอะไรกับเจตนาที่ยังอยู่ในใจ⁵ และการแสดงเจตนาที่แสดงออกโดยครบถ้วนย่อมเป็นการแสดงเจตนาที่สมบูรณ์แล้ว แต่การแสดงเจตนาอันนั้นจะยังไม่มีผลจนกว่าจะกระทำตาม มาตรา 168 และ 169 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁶

วิธีการในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมหรือแบบของนิติกรรมอาจแบ่งได้เป็นสองความหมายกล่าวคือ ความหมายที่หนึ่งเป็นแบบในความหมายทั่วไปซึ่งหมายถึงวิธีการแสดงเจตนาทำ

² หยุต แสงอุทัย, กฎหมายลักษณะมูลหนี้, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517) น. 45.

³ กิตติศักดิ์ พรกิตติ, “เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญา (น. ๑๐๑),” น. 8, สืบค้นเมื่อวันที่ 25 เมษายน 2561, จาก <http://www.law.tu.ac.th/teacher/kittisak-prokati/>

⁴ เฟื่องอ้วน, น. 46.

⁵ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), พิมพ์ครั้งที่ 4 ปรับปรุงแก้ไขโดย มุนินทร์ พงศาปาน (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561) น. 34.

⁶ เฟื่องอ้วน, น. 34-35.

นิติกรรมทั่วไปที่ตั้งอยู่บนหลักอิสระในทางแพ่ง และความหมายที่สองเป็นแบบในความหมายเฉพาะซึ่งหมายถึงวิธีการในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมตามที่กฎหมายกำหนดมิเช่นนั้นนิติกรรมจะตกเป็นโมฆะ เช่น แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แบบที่เป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาสองฝ่าย เป็นต้น และแบบในความหมายเฉพาะถือเป็นองค์ประกอบแห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรม⁷

คำอธิบายในทางตำราได้แบ่งวิธีการในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมทั่วไปเป็นสามประเภทได้แก่ การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง การแสดงเจตนาโดยปริยาย และการแสดงเจตนาโดยการนิ่ง เป็นต้น⁸ ด้วยเหตุที่การแสดงเจตนาทำนิติกรรมทั่วไปตั้งอยู่บนฐานของหลักอิสระในทางแพ่ง (private autonomy) ที่ส่งเสริมเสรีภาพในการตัดสินใจที่เกี่ยวกับการกระทำของปัจเจกบุคคลและทำให้ผู้แสดงเจตนาสามารถเลือกวิธีการแสดงเจตนาได้ตามที่ตนเองต้องการ⁹ มีรายละเอียดต่อไปนี้

3.3.1 การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง

การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง หมายถึง การแสดงออกซึ่งเจตนาโดยตรง เช่น การทำเป็นลายลักษณ์อักษร การกล่าววาจา หรือการแสดงอาการปฏิกิริยาอย่างอื่นที่สื่อสารถึงเจตนาโดยตรงชัดเจน¹⁰ สำหรับการแสดงเจตนาเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นการแสดงเจตนาที่ชัดแจ้งเสมอแต่ทั้งนี้ในทางปฏิบัติจำเป็นต้องพิจารณาเนื้อหาสาระในตัวอักษรด้วยว่าชัดเจนเพียงพอให้ถือเป็นการแสดงเจตนาหรือไม่¹¹

⁷ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรมสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 21 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560) น. 92-94.

⁸ เพ็งอ้วน, น. 143-146, 88-91.

⁹ เพ็งอ้วน, น. 144, และดู จิต เศรษฐบุตร, อ้างไว้ เชิงอรรถที่ 10, น. 27-28 และ 148-150.

¹⁰ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์ (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556) น. 89.

¹¹ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 148.

การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งด้วยวาจาหรือคำพูด เช่น นาย ก. กล่าวกับนาย ข. ผู้ขายไอศกรีมว่าต้องการไอศกรีมรสส้มหนึ่งโคน การกล่าวเช่นนั้นย่อมเป็นที่ชัดเจนว่านาย ก. ต้องการซื้อไอศกรีมรสส้มหนึ่งโคนจากนาย ข. เป็นต้น¹²

การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งด้วยอาการปฏิกิริยา เช่น นาย ก. เข้าไปนั่งในร้านขายกาแฟโบราณที่มีภาตปาห้องโถงว่างอยู่บนโต๊ะและมีป้ายติดว่าตัวละครห้าบาท นาย ก. จึงหยิบปาห้องโถงขึ้นรับประทานโดยไม่มีการพูดกับเจ้าของร้านว่าต้องการซื้อปาห้องโถง การกระทำของนาย ก. ดังกล่าวแสดงให้เห็นโดยปราศจากข้อสงสัยเลยว่านาย ก. แสดงเจตนาซื้อปาห้องโถงตามที่จำนวนที่หยิบรับประทาน หรือนาย ก. เข้าไปในร้านขายข้าวมันไก่ของนาย ข. และช้อนหนึ่งช้อน ย่อมเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งจนปราศจากข้อสงสัยว่าต้องการสั่งข้าวมันไก่หนึ่งจาน เป็นต้น¹³

นอกจากนี้กรณีที่เข้าใจผิดอยู่เสมอคือกรณีของรถโดยสารประจำทางที่ให้บริการเดินรถตามเส้นทางและมีอัตราค่าโดยสารที่แน่นอนว่าเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย เช่น รถประจำทางสาย ปอ.39 ที่ให้บริการรับส่งผู้โดยสารระหว่างมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ท่าพระจันทร์และมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ศูนย์รังสิตโดยกำหนดอัตราค่าโดยสารที่ชัดเจนแน่นอนย่อมถือเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งจนปราศจากข้อสงสัยว่าผู้ให้บริการรถโดยสารประสงค์ที่จะทำสัญญาและให้บริการรับผู้โดยสารไปสู่จุดหมายปลายทางตามอัตราค่าโดยสารที่กำหนด และบุคคลที่ขึ้นโดยสารรถประจำทางย่อมเพียงพอแสดงให้เห็นว่าเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมขอโดยสารไปกับผู้ให้บริการรถโดยสารตามอัตราค่าบริการที่กำหนด¹⁴ เป็นต้น

3.3.2 การแสดงเจตนาโดยปริยาย

การแสดงเจตนาโดยปริยาย หมายถึง การแสดงเจตนาด้วยการกระทำที่มีได้แสดงให้เห็นโดยตรงหรือโดยชัดแจ้งว่าผู้กระทำประสงค์จะทำนิติกรรมอะไรหรือประสงค์ต่อสิ่งใดแต่การกระทำนั้นอาจคาดเห็นหรือถูกสันนิษฐานโดยเหตุผลอันสมควรได้ว่ามีเจตนาประสงค์ต่อสิ่งใด¹⁵

ตัวอย่างเช่น การที่นาย ก. เข้ามาในร้านที่ขายอาหารหลายอย่างและช้อนหนึ่งช้อนเป็นการสั่งอาหารย่อมไม่อาจสันนิษฐานได้ว่านาย ก. มีเจตนาสั่งอาหารชนิดใดและมีเจตนาสั่งอาหารหรือทำนิติกรรมหรือไม่ แต่ในทางกลับกันหากมีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่านาย ก. เป็นลูกค้าประจำและตลอดเวลาที่ผ่านมาได้สั่งข้าวมันไก่หนึ่งจานเสมอ การที่นาย ก. เข้ามาที่ร้านของนาย ข. และช้อนหนึ่ง

¹² เพิ่งอ้าง, น. 148.

¹³ เพิ่งอ้าง, น. 148.

¹⁴ เพิ่งอ้าง, น. 149-150.

¹⁵ เพิ่งอ้าง, น. 149.

นิ้ว ย่อมสันนิษฐานได้ว่านาย ก. แสดงเจตนาส่งข้าวมันไก่หนึ่งจาน เป็นต้น นอกจากนี้การที่นาย ก. ผู้เยาว์แสดงเจตนาซื้อโทรศัพท์มือถือราคาแพงจากนาย ข. โดยมิได้รับความยินยอมจากนาย ค. ผู้แทน โดยชอบธรรม นิติกรรมซื้อขายนั้นจึงตกเป็นโมฆียะ เมื่อนาย ค. ทราบเรื่องย่อมมีสิทธิบอกล้างโมฆียกรรมได้แต่มิได้กระทำเช่นนั้น นาย ค. กลับนำเงินค่าโทรศัพท์มือถือไปชำระคืนให้แก่ นาย ข. การกระทำดังกล่าวของนาย ค. ย่อมสันนิษฐานได้จากพฤติการณ์ว่านาย ค. ต้องการให้สัตยาบันแก่นิติกรรมที่เป็นโมฆียะ¹⁶ นอกจากนี้ ถ้ามีคนส่งเปียร์มา 1 โหลหรือหนังสือราคาแพง 1 เล่มมาให้เราโดยพฤติการณ์ไม่อาจที่จะเห็นได้ว่าเป็นการส่งมาให้เปล่าและอาจถือเป็นการสนองรับทำสัญญาซื้อขายโดยปริยายแต่ทั้งนี้ต้องดูพฤติการณ์เป็นกรณีไป เช่น ถ้าเราวางรองเท้าไว้หน้าประตูบ้าน และอยู่ดีๆ มีคนมาขัดให้ก็คงไม่มีทางอื่นนอกจากจะใส่ไปตามปกติจะถือว่าเป็นการแสดงเจตนาสนองรับทำสัญญามีได้ เป็นต้น¹⁷

การที่ลูกหนี้ชำระหนี้ตามนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆียกรรมย่อมอธิบายได้ว่าเป็นการให้สัตยาบันต่อนิติกรรมที่เป็นโมฆียะแล้วตามมาตรา 180 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือการที่ทายาทเข้าไปอยู่ในบ้านของเจ้ามรดกผู้ตายและจัดการทวงถามหนี้ที่เจ้ามรดกเป็นเจ้าหนี้และชำระหนี้ของเจ้ามรดกที่ค้างชำระ การกระทำดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าทายาทแสดงเจตนาเข้ารับมรดก เป็นต้น¹⁸

นอกจากนี้กฎหมายได้กำหนดข้อสันนิษฐานการกระทำของบุคคลผู้มีสิทธิบอกล้างโมฆียกรรมตามมาตรา 180¹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่อาจถือได้ว่าการแสดงเจตนาให้

¹⁶ เพิ่งอ้าง.

¹⁷ เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น. 36.

¹⁸ จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 89-90.

¹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 180 บัญญัติว่า

“ภายหลังเวลาอันพึงให้สัตยาบันได้ตามมาตรา 179 ถ้ามีพฤติการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้เกิดขึ้นเกี่ยวกับโมฆียกรรมโดยการกระทำของบุคคลซึ่งมีสิทธิบอกล้างโมฆียกรรมตามมาตรา 175 ถ้ามิได้สงวนสิทธิไว้แจ้งชัดประการใดให้ถือว่าเป็นการให้สัตยาบัน

- (1) ได้ปฏิบัติการชำระหนี้แล้วทั้งหมดหรือแต่บางส่วน
- (2) ได้มีการเรียกให้ชำระหนี้แล้ว
- (3) ได้มีการแปลงหนี้ใหม่
- (4) ได้มีการให้ประกันเพื่อหนี้
- (5) ได้มีการโอนสิทธิหรือความรับผิดชอบทั้งหมดหรือแต่บางส่วน

สัทยาบันโดยปริยาย เช่น การปฏิบัติชำระหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วน การเรียกให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติชำระหนี้ การแปลงหนี้ใหม่ การให้ประกันแก่หนี้นั้น การโอนสิทธิหรือความรับผิดชอบในหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วน หรือมีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดที่แสดงให้เห็นว่าเป็นการให้สัทยาบัน เป็นต้น ซึ่งการกระทำเหล่านั้นโดยลำพังย่อมไม่ชัดแจ้งว่าเป็นการให้สัทยาบันและต้องอาศัยข้อสันนิษฐานตามกฎหมายเป็นหลักในการพิจารณาว่าเป็นการให้สัทยาบันโดยปริยายดังนี้ (1) มีการกระทำตามข้อสันนิษฐานข้างต้น (2) การกระทำนั้นเกิดขึ้นจากบุคคลผู้มีสิทธิบอกล้างโมฆียะตามมาตรา 175²⁰ (3) การกระทำดังกล่าวได้กระทำลงภายหลังจากเวลาอันพึงให้สัทยาบันได้ กล่าวคือเมื่อมูลเหตุแห่งโมฆียะได้หมดสิ้นไปตามมาตรา 179²¹ ซึ่งเป็นกรณีที่คนบกพร่องในความสามารถกลับมาความสามารถ

(6) ได้มีการกระทำอย่างอื่นอันแสดงได้ว่าเป็นการให้สัทยาบัน”

²⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 175 บัญญัติว่า

“โมฆียะกรรมนั้น บุคคลต่อไปนี้จะบอกล้างเสียก็ได้”

(1) ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้เยาว์ซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้ว แต่ผู้เยาว์จะบอกล้างก่อนที่ตนบรรลุนิติภาวะก็ได้ถ้าได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรม

(2) บุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ เมื่อบุคคลนั้นพ้นจากการเป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถแล้ว หรือผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์แล้วแต่กรณี แต่คนเสมือนไร้ความสามารถจะบอกล้างก่อนที่ตนจะพ้นจากการเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถก็ได้ถ้าได้รับความยินยอมของผู้พิทักษ์

(3) บุคคลผู้แสดงเจตนาเพราะสำคัญผิด หรือถูกกลฉ้อฉล หรือถูกข่มขู่

(4) บุคคลวิกลจริตผู้กระทำนิติกรรมอันเป็นโมฆียะตามมาตรา 30 ในขณะที่จริตของบุคคลนั้นไม่วิกลแล้ว

ถ้าบุคคลผู้ทำนิติกรรมอันเป็นโมฆียะถึงแก่ความตายก่อนมีการบอกล้างโมฆียะกรรมทายาทของบุคคลดังกล่าวอาจบอกล้างโมฆียะกรรมนั้นได้”

²¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 179 บัญญัติว่า “การให้สัทยาบันแก่โมฆียะกรรมนั้น จะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้กระทำภายหลังเวลาที่มูลเหตุให้เป็นโมฆียะกรรมนั้นหมดสิ้นไปแล้ว

บุคคลซึ่งศาลได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถหรือบุคคลวิกลจริตผู้กระทำนิติกรรมอันเป็นโมฆียะตามมาตรา 30 จะให้สัทยาบันแก่โมฆียะกรรมได้ต่อเมื่อได้รู้เห็นซึ่งโมฆียะกรรมนั้นภายหลังที่บุคคลนั้นพ้นจากการเป็นคนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ หรือในขณะที่จริตของบุคคลนั้นไม่วิกล แล้วแต่กรณี

บริบูรณ์หรือบุคคลที่แสดงเจตนาโดยวิปริตได้หลุดพ้นจากสภาพหรือสถานการณ์ที่ทำให้เจตนาวิปริต ประกอบบุคคลที่มีสิทธิให้สัตยาบันต้องรู้ถึงการทำนิติกรรมอันเป็นโมฆียะไว้ด้วย เช่น ภายหลังที่คนไร้ความสามารถพ้นจากการเป็นคนไร้ความสามารถแล้วได้ทราบความจริงว่าช่วงที่ตนเป็นคนไร้ความสามารถได้ทำนิติกรรมที่เป็นโมฆียะกรรมไว้ เป็นต้น และ (4) มิได้มีการสงวนสิทธิว่าการกระทำนั้นมิใช่การให้สัตยาบัน²²

3.3.3 การแสดงเจตนาโดยการนิ่ง

โดยทั่วไปการแสดงเจตนาโดยการนิ่งย่อมไม่ถือเป็นการแสดงเจตนา²³ เนื่องจากการนิ่งทำให้บุคคลทั่วไปไม่อาจทราบได้ว่าบุคคลนั้นมุ่งหมายต่อสิ่งใดหรือประสงค์ที่จะทำนิติกรรมหรือไม่²⁴

การนิ่งในสถานการณ์บางอย่างที่กฎหมายหรือมีจารีตประเพณีกำหนดอาจถือเป็นการแสดงเจตนาได้ เช่น เมื่อสัญญาเช่าสิ้นสุดตามกำหนดเวลาการที่ผู้เช่ายังคงครอบครองทรัพย์สินที่เช่าและผู้ให้เช่าทราบแต่ไม่ได้ทักท้วง เนื่องจากไม่มีการแสดงเจตนาทำสัญญาเช่าใหม่กันโดยชัดแจ้ง กฎหมายจึงสันนิษฐานว่าคู่สัญญาได้ทำสัญญาเช่าใหม่ต่อไปโดยไม่มีกำหนดเวลาตามมาตรา 570²⁵ เนื่องจากการนิ่งในเรื่องที่มีสัญญาเกี่ยวข้องกันมาก่อน เมื่อสัญญาลิ้นสุดลงและคู่สัญญาคงปฏิบัติต่อกันอย่างเคย แม้จะไม่ได้มีการบอกกล่าวแสดงเจตนาทำสัญญาใหม่โดยการนิ่ง สัญญาก็อาจเกิดขึ้นใหม่โดยปริยาย แต่ถ้าไม่เคยมีสัญญาเช่าต่อกันเลย อยู่ดีๆ มีคนเข้ามาอยู่ในบ้านของเรา ย่อมเป็นกรณีที่เราจะสะดุ้งเมื่อใดก็ฟุ้งขับไล่ออกไปเท่านั้นจะถือว่าได้ทำสัญญาเช่ากันโดยปริยายไม่ได้²⁶

ทายาทของบุคคลผู้ทำนิติกรรมอันเป็นโมฆียะ จะให้สัตยาบันแกโมฆียะกรรมได้นับแต่เวลาที่ผู้ทำนิติกรรมนั้นถึงแก่ความตาย เว้นแต่สิทธิที่จะบอกล้างโมฆียะกรรมของผู้ตายนั้นได้สิ้นสุดลงแล้ว”

²² ศนันทกรณ โสติพันธุ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 200.

²³ จิต เศรษฐบุตร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 90.

²⁴ ศนันทกรณ โสติพันธุ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 145.

²⁵ จิต เศรษฐบุตร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 90, และดู ศนันทกรณ โสติพันธุ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 145-146.

²⁶ เสนีย์ ปราโมช, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 36.

และการนิ่งที่มีประเพณีทางการค้าที่กำหนดว่าการนิ่งในสถานการณ์เช่นนั้นอาจถือเป็นการแสดงเจตนาได้ เช่น การที่เราเข้าไปในร้านขายเครื่องดื่มสิ่งเปี้ยวมาดื่ม 1 แก้ว ผู้เดินโต๊ะฟังโดยไม่พูดอะไร การสนองรับโดยอาการนิ่งไม่ตอบนั้นถือว่าสัญญาซื้อขายเปี้ยวอาจเกิดขึ้นได้ เป็นต้น²⁷

3.4 หลักการสื่อสารการแสดงเจตนาโดยปริยาย

ดังที่กล่าวไปข้างต้นว่าวิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมทั่วไปมีสามรูปแบบได้แก่ การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง การแสดงเจตนาโดยปริยาย และการแสดงเจตนาโดยการนิ่ง และความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนาขึ้นต้องพิจารณาเบื้องต้นก่อนว่าการแสดงเจตนาขึ้นๆ เป็นการแสดงเจตนาที่จำเป็นต้องมีบุคคลเป็นผู้รับการแสดงเจตนาหรือเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวโดยเคร่งครัด

สำหรับการแสดงเจตนาทำนิติกรรมย่อมเป็นที่เข้าใจโดยทั่วไปว่าต้องมีผู้รับการแสดงเจตนาเสมอ กล่าวคือต้องมีการสื่อสารเจตนาให้แก่ผู้รับอีกฝ่าย²⁸ เพื่อให้ผู้รับการแสดงเจตนาขึ้นรับรู้โดยการแจ้งหรือการบอกกล่าว²⁹ และอาจกล่าวได้ว่าการมีผู้รับเจตนาถือเป็นลักษณะปกติของการแสดงเจตนา เช่น การเลิกสัญญา³⁰ และการบอกกล่าวโมฆียะกรรม³¹ เป็นต้น

ส่วนการแสดงเจตนาทำนิติกรรมฝ่ายเดียวโดยเคร่งครัด³² ถือเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ไม่จำเป็นต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา³³ โดยการแสดงเจตนาทำนิติกรรมฝ่ายเดียวโดยเคร่งครัดหรือโดยแพ้ย่อมตั้งอยู่บนฐานของทฤษฎีเผยเจตนา³⁴ หรือหลักการแสดงออกซึ่งเจตนา (doctrine of utterance) และจะมีผลผูกพันต่อผู้แสดงเจตนาทันทีที่มีการเผยเจตนาออกมาให้ปรากฏโดยไม่

²⁷ ประกอบ หุตะสิงห์, ฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2518) น.40, อ้างถึงใน จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เจริญรถที่ 10, น. 90.

²⁸ จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เจริญรถที่ 10, น. 128-129.

²⁹ ศนันท์กรณ โสติพันธ์, อ้างแล้ว เจริญรถที่ 7, น. 26.

³⁰ จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เจริญรถที่ 10, น. 128-129, และดู ศนันท์กรณ โสติพันธ์, อ้างแล้ว เจริญรถที่ 7, น. 26.

³¹ ศนันท์กรณ โสติพันธ์, อ้างแล้ว เจริญรถที่ 7, น. 26.

³² จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เจริญรถที่ 10, น. 127-128.

³³ ศนันท์กรณ โสติพันธ์, อ้างแล้ว เจริญรถที่ 7, น. 26.

³⁴ เพิ่งอ้าง, น. 146.

จำเป็นต้องมีบุคคลอื่นใดเข้าเป็นผู้รับการแสดงเจตนา เช่น พินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับ คำมั่นว่าจะให้รางวัล เป็นต้น³⁵

การแสดงเจตนาที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนาต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติว่าด้วยการแสดงเจตนา และความมีผลของการแสดงเจตนาที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา นั้นย่อมเกิดขึ้นแตกต่างกันไประหว่างการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า (in person) และการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้า (in absence)³⁶ แต่ทั้งนี้ต้องไม่ลืมว่าปัญหาในเรื่องความมีผลของการแสดงเจตนา กับความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนาเป็นคนละเรื่องกัน³⁷

การแสดงเจตนาต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้าและกรณีที่กฎหมายให้ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้ากันเนื่องจากคู่กรณีอาจสื่อสารทำความเข้าใจกันได้ในพื้นที่ เช่น บุคคลที่แสดงเจตนาทางโทรศัพท์หรือเครื่องมือสื่อสารอื่นในทำนองเดียวกัน เป็นต้น จะมีผลเป็นการแสดงเจตนาต่อเมื่อฝ่ายผู้รับเจตนาได้ทราบถึงเจตนาของฝ่ายผู้แสดงเจตนาตามมาตรา 168³⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้าดังกล่าวย่อมตั้งอยู่บนฐานของทฤษฎีเจตนา³⁹ หรือหลักการทราบเจตนา (principle of perception)⁴⁰ และมีข้อสังเกตว่าการมอบหมายให้บุคคลหนึ่งจดจำข้อความไปบอกกล่าวผู้รับโดยตรงย่อมถือเป็นการแสดงเจตนาต่อบุคคลเฉพาะหน้าและหากบุคคลนั้นยังไม่บอกกล่าวข้อความให้ผู้รับได้ทราบ การแสดงเจตนาที่มอบหมายยังไม่เป็นผล⁴¹

³⁵ จิต เศรษฐบุตร, *อ้าวแล้ว เจียงอรรถที่ 10*, น. 127-128, และ เสนีย์ ปราโมช, *อ้าวแล้ว เจียงอรรถที่ 5*, น. 37-38.

³⁶ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, *อ้าวแล้ว เจียงอรรถที่ 7*, น. 146-149.

³⁷ เสนีย์ ปราโมช, *อ้าวแล้ว เจียงอรรถที่ 5*, น. 34-35.

³⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 168 บัญญัติว่า “การแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าให้ถือว่ามีผลนับแต่ผู้รับการแสดงเจตนาได้ทราบการแสดงเจตนา นั้น ความข้อนี้ให้ใช้ได้ตลอดถึงการที่บุคคลหนึ่งแสดงเจตนาไปยังบุคคลอีกคนหนึ่งโดยทางโทรศัพท์ หรือโดยเครื่องมือสื่อสารอย่างอื่น หรือโดยวิธีอื่นซึ่งสามารถติดต่อถึงกันได้ทำนองเดียวกัน”

³⁹ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, *อ้าวแล้ว เจียงอรรถที่ 7*, น. 146.

⁴⁰ จิตติ ดิงศกัทธิย์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วยสัญญา บรรพ 2 มาตรา 354 – 394*, ปรับปรุงโดย ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์ (กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศกัทธิย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551) น. 34.

⁴¹ เสนีย์ ปราโมช, *อ้าวแล้ว เจียงอรรถที่ 5*, น. 43.

ส่วนการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่ไม่ได้อยู่เฉพาะหน้าจะมีผลต่อเมื่อเจตนาของฝ่ายผู้แสดงได้ส่งไปถึงผู้รับแล้วตามมาตรา 169⁴² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และอาจกล่าวได้ว่าการสื่อสารเจตนาต่อบุคคลที่ไม่ได้อยู่เฉพาะหน้าตั้งอยู่บนฐานของทฤษฎีรับเจตนา⁴³ หรือหลักการรับเจตนา (principle of reception)⁴⁴ ทั้งนี้การส่งเจตนาจะสามารถกระทำโดยไม่จำกัดวิธีการไม่ว่าจะเป็นการส่งทางไปรษณีย์ โทรเลข หรืออาจใช้บุคคลให้นำจดหมายไปส่งมอบให้ก็ได้⁴⁵

ด้วยเหตุนี้การแสดงเจตนาโดยปริยายถือเป็นการกระทำที่ไม่มีความชัดเจนแต่ก็อาจสันนิษฐานการกระทำของผู้แสดงเจตนาได้ว่าประสงค์ที่จะทำนิติกรรมที่มีผลทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งและการแสดงเจตนาโดยปริยายต้องอยู่ภายใต้บังคับบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการแสดงเจตนา ส่วนการแสดงเจตนาโดยปริยายต้องมีบุคคลผู้รับการแสดงเจตนาหรือไม่นั้นย่อมขึ้นอยู่กับว่าการแสดงเจตนาโดยปริยายดังกล่าวเป็นการแสดงเจตนาทั่วไปที่จำเป็นต้องมีผู้รับการแสดงเจตนาหรือเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือโดยแท้จริงแล้วข้างต้นผู้เขียนเข้าใจว่าการแสดงเจตนาใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวถือเป็นการแสดงเจตนาโดยทั่วไปที่จำเป็นต้องมีการบอกกล่าวหรือแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายในฐานะผู้รับการแสดงเจตนาได้ทราบถึงการใช้สิทธิเลิกสัญญาเสมอ

3.5 กระบวนการเกิดขึ้นของสัญญาโดยปริยาย

สัญญาเป็นนิติกรรมสองฝ่ายขึ้นไป (bilateral contract) ซึ่งโดยทั่วไปเข้าใจว่าต้องเกิดขึ้นจากการที่คู่กรณีทุกฝ่ายแสดงเจตนาทำคำเสนอและคำสนองที่ถูกต้องตรงกัน และความถูกต้องตรงกันของคำเสนอและสนอนนั้นย่อมหมายถึงการที่คำเสนอและคำสนองมีความถูกต้องตรงกันในทุก

⁴² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 169 บัญญัติว่า

“การแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้าให้ถือว่ามิผลนับแต่เวลาที่มีการแสดงเจตนาขึ้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา แต่ถ้าได้บอกถอนไปถึงผู้รับการแสดงเจตนาขึ้นก่อนหรือพร้อมกันกับการแสดงเจตนาขึ้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา การแสดงเจตนาขึ้นตกเป็นอันไร้ผล”

⁴³ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 151.

⁴⁴ จิตติ ดิงศรัทีย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 40*, น. 34.

⁴⁵ เสนีย์ ปราโมช, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 43.

ข้อความของสัญญา⁴⁶ ทั้งนี้การพิจารณาถึงการเกิดขึ้นของสัญญาอาจขึ้นกับประเภทของสัญญาว่าเป็นสัญญาที่มีการเจรจาอภิปรายหรือสัญญาไม่มีการเจรจาอภิปราย

โดยท่านศาสตราจารย์จิต เศรษฐบุตร มีความเห็นว่าสัญญาที่มีมูลค่ามากซึ่งผู้เสนอและผู้สนองมีความระมัดระวังอย่างมากในการจัดทำข้อตกลงในรายละเอียดหรือข้อปลีกย่อยของสัญญาโดยเริ่มจากการเรียกประมูลหรือประกวดราคา และมีขั้นตอนการเจรจาอภิปราย (pourparlers) กล่าวคือต้องมีการอภิปรายความหมายในข้อตกลงและสอบถามซึ่งกันและกันจนเป็นที่เข้าใจกันดีทั้งสองฝ่ายแล้วจึงจะถือว่าคำเสนอและสนองถูกต้องตรงกันและสัญญาเกิดขึ้น และอาจเรียกว่าสัญญาเช่นว่านี้เป็นสัญญาที่มีการเจรจาอภิปราย และในทางกลับกันกระบวนการเจรจาอภิปรายอาจสิ้นสุดลงโดยที่คู่กรณีไม่สามารถตกลงกันได้เนื่องจากคำเสนอและคำสนองไม่ถูกต้องตรงกัน ทั้งนี้กระบวนการเจรจาอภิปรายนั้นต้องเป็นไปโดยสุจริตและไม่ประมาทเลินเล่อเนื่องจากถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้นคู่กรณีอาจมีต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่อีกฝ่ายได้แม้ว่าการเจรจาอภิปรายจะสิ้นสุดลงโดยไม่มีการทำสัญญาเกิดขึ้น⁴⁷ การเลิกเจรจาโดยไม่มีเหตุผลสมควรหรือการหลอกลวงให้คู่กรณีเข้าเจรจาต่อรองโดยมีเจตนาที่จะไม่เข้าทำสัญญาตั้งแต่ต้นและเกิดความเสียหายแก่ฝ่ายที่เข้าเจรจาโดยสุจริตและคาดหมายว่าจะมีการทำสัญญานั้นทำให้เกิดแนวความคิดเรื่องหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา (culpra in contrahendo) ในระบบกฎหมายต่างประเทศที่กำหนดให้ฝ่ายที่หลอกลวงหรือเลิกเจรจาโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรมีความรับผิดชอบต่ออีกฝ่ายด้วยเหตุที่เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อหลักสุจริต (good faith)⁴⁸

สัญญาที่ไม่มีการเจรจาอภิปรายอาจแบ่งได้เป็นสองกรณีได้แก่ สัญญาที่คู่กรณีอีกฝ่ายขอเข้าร่วมเป็นภาคี และสัญญาที่ทำตามปกติธรรมดา⁴⁹

สัญญาที่คู่กรณีอีกฝ่ายขอเข้าร่วมเป็นภาคี (contrat d'adhesion) เป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ร่างรายละเอียดของสัญญาไว้เรียบร้อยแล้วเมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายประสงค์จะทำสัญญาก็แสดงเจตนาเข้าร่วมโดยไม่มีโอกาสเจรจาอภิปราย และการแปลความสัญญาในลักษณะนี้ต้องเป็นไปอย่างเคร่งครัดกล่าวคือผู้เขียนยอมไม่ต้องการมากไปกว่าที่เขียนไว้⁵⁰

⁴⁶ จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 200 และ 217.

⁴⁷ เพ็งอ้าง, น. 219-220.

⁴⁸ ศนันท์กรณ โสติพันธ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 317 และโปรดดู จำปี โสติพันธ์, หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 ปรับปรุงใหม่ (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2548)

⁴⁹ จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 220.

⁵⁰ เพ็งอ้าง, น. 221.

สัญญาที่ทำตามปกติธรรมดา เป็นสัญญาที่ทำกันในชีวิตประจำวันและตามปกติไม่มีมูลค่ามากเช่นสัญญาที่ต้องเจรจาอภิปราย อีกทั้งเป็นสัญญาที่ทำกันมากที่สุด และด้วยลักษณะที่ไม่ต้องมีการเจรจาอภิปรายโดยละเอียดทำให้สัญญาที่ทำตามปกติธรรมดาอาจเกิดขึ้นได้แม้ว่าคำเสนอและคำสนองจะไม่ถูกต้องตรงกันทุกข้อ⁵¹ และเหตุที่คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องตกลงให้หมดทุกข้อย่อมเป็นไปตามแห่งมาตรา 366⁵² วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าตราบใดที่ข้อความแห่งสัญญาอันหนึ่งอันใดที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถือเป็นสาระสำคัญยังมิได้ตกลงกัน กล่าวคือคำเสนอและคำสนองในข้อความนี้ยังไม่ถูกต้องตรงกันตรานั้นสัญญาก็ยังไม่เกิดขึ้น และข้อความอื่นๆ แห่งสัญญาแม้จะได้ตกลงและจัดไว้แล้วก็ไม่มีผล⁵³ นอกจากนี้ถ้าคู่สัญญาประสงค์ที่จะทำเป็นหนังสือตามมาตรา 366 วรรคสอง ต้องตีความอย่างเคร่งครัดเนื่องจากเป็นข้อยกเว้นหลักทั่วไปของการเกิดสัญญา และต้องเป็นเรื่องที่คู่กรณีได้ตกลงกันอย่างชัดแจ้งว่าต้องมีการจัดทำเป็นหนังสืออีกด้วย โดยจะตกลงโดยปริยายมิได้⁵⁴

เนื่องจากสัญญาฉบับหนึ่งมีรายละเอียดปลีกย่อยมากเสียจนไม่อาจที่จะตกลงกันได้หมดทุกในทางปฏิบัติหรือหากกระทำได้คงต้องสิ้นเปลืองเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างมาก และหากกฎหมายกำหนดเงื่อนไขการเกิดขึ้นของสัญญาเช่นนั้นจริงจะมีผลทำให้สัญญาหนึ่งฉบับไม่อาจเกิดขึ้นหรือแทบจะไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย การตกลงในทุกข้อความของสัญญาในความหมายของการที่คำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันย่อมหมายถึงการตกลงกันในทุกข้อความที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา และสัญญาฉบับหนึ่งไม่จำเป็นที่จะต้องตกลงกันให้ครบถ้วนในทุกข้อความของสัญญา เนื่องจากในทาง

⁵¹ เพิ่งอ้าง.

⁵² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 บัญญัติว่า

“ข้อความใด ๆ แห่งสัญญาอันคู่สัญญาแม้เพียงฝ่ายเดียวได้แสดงไว้ว่าเป็นสาระสำคัญอันจะต้องตกลงกันหมดทุกข้อนั้น หากคู่สัญญายังไม่ตกลงกันได้หมดทุกข้ออยู่ตราบใด เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกัน การที่ได้ทำความเข้าใจกันไว้เฉพาะบางสิ่งบางอย่าง ถึงแม้ว่าจะได้ตกลงไว้ก็หาเป็นการผูกพันไม่

ถ้าได้ตกลงกันว่าสัญญาอันมุ่งจะทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือไซ้ เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ”

⁵³ จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 221.

⁵⁴ กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง, “กระบวนการเกิดสัญญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552) น. 165.

ปฏิบัติคู่สัญญาย่อมตกลงกันแต่เฉพาะบางข้อที่สำคัญเท่านั้น⁵⁵ ส่วนรายละเอียดที่ไม่เป็นสาระสำคัญนั้นคู่สัญญาอาจมิได้ตกลงกันในเรื่องดังกล่าวหรือแม้กระทั่งอาจคาดไม่ถึงด้วยซ้ำ เช่น กรณีที่บ้านที่เช่าเกิดความชำรุดเสียหายขึ้นฝ่ายใดจะมีหน้าที่ซ่อมแซม เป็นต้น คำเสนอและคำสนองในข้อที่ไม่สำคัญข้อนี้จึงไม่จำเป็นต้องตกลงกันได้⁵⁶ และเมื่อคู่สัญญาตกลงกันในข้อความที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาเรียบร้อยแล้วตามมาตรา 366 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สัญญาย่อมเกิดขึ้นตามข้อสันนิษฐานที่กำหนดในมาตรา 367⁵⁷ กล่าวคือสัญญาย่อมเกิดขึ้นและมีผลสมบูรณ์แม้จะไม่ได้มีการตกลงในข้อความข้อใดข้อหนึ่งของสัญญาเนื่องจากคู่สัญญาถือเป็นข้อที่มีใช้สาระสำคัญที่จะต้องตกลง⁵⁸

กรณีที่คู่สัญญาได้ทำสัญญาขึ้นแล้วและมีข้อโต้เถียงเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่อันใดอันหนึ่งที่มีได้ตกลงกัน ถ้าได้ความว่าข้อความที่มีได้ตกลงกันเป็นข้อสาระสำคัญจำเป็นต้องมีอยู่เนื่องจากเป็นปัจจัยหรือลักษณะประจำของสัญญา การบังคับตามสัญญาย่อมเป็นไปตามความประสงค์ (requirement) ของสัญญาซึ่งต้องทำโดยสุจริตและนำเอาปกติประเพณีเข้าพิจารณาในเรื่องสิทธิหน้าที่ตามสัญญาในเรื่องดังกล่าว เช่น สัญญาจ้างทนายความว่าความแต่มิได้กำหนดสินจ้างไว้ศาลย่อมกำหนดสินจ้างให้ตามควร เป็นต้น⁵⁹ โดยระบบกฎหมายอื่นก็มีการอุดช่องว่างของสัญญา (gaps) ที่แตกต่างกันออกไป เช่น หลัก ‘*dispositive Recht*’ ในระบบกฎหมายเยอรมัน หรือ ‘*implied term*’ ของระบบกฎหมายอังกฤษ เป็นต้น⁶⁰ และในทางกลับกันถ้าข้อโต้เถียงเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่อันใด

⁵⁵ Konrad Zweigert and Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Translated by Tony Weir, 3rd Revision (Oxford: Clarendon) p. 327.

⁵⁶ จิต เศรษฐบุตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 222.

⁵⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 367 บัญญัติว่า

“สัญญาใดคู่สัญญาได้ถือว่าเป็นอันได้ทำกันขึ้นแล้ว แต่แท้จริงยังมีได้ตกลงกันในข้อหนึ่งข้อใดอันจะต้องทำความตกลงให้สำเร็จ ถ้าจะพึงอนุมานได้ว่า ถึงหากจะไม่ทำความตกลงกันในข้อนี้ได้สัญญานั้นก็จะได้ทำขึ้นไซ้ ทานว่าข้อความส่วนที่ได้ตกลงกันแล้วก็ย่อมเป็นอันสมบูรณ์”

⁵⁸ จิต เศรษฐบุตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 222, และดู ศนันท์ภรณ์ โสถิพันธุ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 341.

⁵⁹ จิต เศรษฐบุตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 221-223.

⁶⁰ Konrad Zweigert and Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Translated by Tony Weir, 3rd Revision (Oxford: Clarendon) p. 327.

อันหนึ่งที่มีได้ตกลงกันและได้ความว่าข้อความนั้นเป็นข้อที่มีสาระสำคัญย่อมถือว่าข้อความไม่มีการทำขึ้นเลย⁶¹

การแสดงเจตนาทำคำเสนอและคำสนองถือเป็นหนึ่งในรูปแบบการแสดงเจตนาซึ่งอยู่ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติว่าด้วยการแสดงเจตนา (declaration of intention) การแสดงเจตนาทำคำเสนอหรือทำคำสนองจะมีผลเมื่อใดนั้นย่อมมีความแตกต่างกันไประหว่างการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้ากัน (in person) หรือตามกฎหมายถือว่าอยู่เฉพาะหน้าเนื่องจากว่าคู่กรณีสามารถสื่อสารทำความเข้าใจกันได้ทันที และจะมีผลเป็นการแสดงเจตนาต่อเมื่อฝ่ายผู้รับได้ทราบถึงเจตนาของฝ่ายผู้แสดงเจตนาตามมาตรา 168 กล่าวอีกนัยหนึ่งคือการสื่อสารเจตนาต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้าตั้งอยู่บนฐานของทฤษฎีรู้เจตนาหรือหลักการทราบเจตนา (principle of perception)⁶² ส่วนการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่มีได้อยู่เฉพาะหน้ากัน (in absence) ย่อมจะมีผลต่อเมื่อมีเจตนาของฝ่ายผู้แสดงเจตนาได้ส่งไปถึงผู้รับแล้วตามมาตรา 169 โดยที่การสื่อสารเจตนาต่อบุคคลที่มีได้อยู่เฉพาะหน้าตั้งอยู่บนฐานของทฤษฎีรับเจตนาหรือหลักการทราบเจตนา (principle of reception) อยู่เบื้องหลังหลักกฎหมายดังกล่าว⁶³ ซึ่งหลักการที่ถือเอาเจตนาได้ส่งไปถึงผู้รับเป็นสำคัญดังกล่าวในทางคำรากฎหมายเยอรมันเรียกสถานการณ์ดังกล่าวว่าเป็นกรณีที่คำเสนอหรือคำสนองที่มีผู้แสดงเจตนาได้ถูกส่งเข้าไปอยู่ในขอบเขตแห่งการรับรู้ (sphere of influence) ของผู้รับเจตนา⁶⁴ ทั้งนี้กระบวนการส่งเจตนาของฝ่ายหนึ่งเข้าไปอยู่ขอบเขตหรือความควบคุมที่ผู้รับการแสดงเจตนาอาจรับรู้ได้นั้นเป็นหนึ่งในกระบวนการสำคัญที่ทำให้สัญญาที่กระทำระหว่างบุคคลที่มีได้อยู่ต่อหน้ากันฉบับหนึ่งเกิดขึ้นได้ตามกฎหมาย

นอกจากนี้มาตรา 361 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วางหลักต่อไปว่า สัญญาที่กระทำระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทางย่อมเกิดผลเป็นสัญญาขึ้นต่อเมื่อมีการบอกกล่าวคำสนองไปถึงผู้ทำคำเสนอ อันเป็นการหลักที่สอดคล้องกับมาตรา 169 และทฤษฎีรับหรือหลักการ

⁶¹ จิต เศรษฐบุต, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 10*, น. 221-223.

⁶² จิตติ ดิงศักดิ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 40*, น. 34, และดู ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 7*, น. 151-152, และดู เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 5*, น. 36-37.

⁶³ จิตติ ดิงศักดิ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 40*, น. 34, และดู ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 7*, น. 151-152.

⁶⁴ Basil Markesinis, Hannes Unberath and Augus Johnston, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, 2nd Ed. (Oxford: Hart Publishing, 2006) pp. 69, 73-74.

ทราบเจตนา (principle of reception) ซึ่งอยู่เบื้องหลังหลักกฎหมายในมาตราดังกล่าวซึ่งการที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ทำคำเสนอได้ทราบหรือรับคำสนองกลับมาก็เพื่อประโยชน์ในการที่ผู้ทำคำเสนอจะรู้ตัวว่ามีข้อผูกพันเกิดขึ้นแก่ตนเองหรือไม่ ด้วยเหตุนี้หากผู้ทำคำเสนอไม่ประสงค์ที่จะได้รับประโยชน์เช่นนั้นก็อาจสละประโยชน์นั้นได้โดยการแสดงเจตนาว่าไม่ต้องมีคำบอกกล่าวสนองมาให้แก่ตน⁶⁵ และมาตรา 361 วรรคหนึ่งเป็นการบัญญัติถึงการเกิดสัญญาระหว่างบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้าที่มีลักษณะของการเกิดสัญญาโดยชัดแจ้ง⁶⁶ ทั้งนี้มีผู้ให้ความเห็นต่อไปว่ากรณีที่คำสนองส่งไปผู้ประกอบธุรกิจการค้าต้องพิจารณาว่าผู้รับคำสนอนั้นสามารถรับเนื้อหาแห่งการแสดงเจตนาทำคำสนองได้อีกด้วย มิใช่พิจารณาข้อเท็จจริงที่ว่าคำสนองไปถึงในทางกายภาพแต่เพียงอย่างเดียว ด้วยเหตุนี้ถ้าคำสนองถูกส่งไปถึงบ้านหรือสถานประกอบกิจการของผู้รับคำสนองในเวลากลางคืน ย่อมต้องตีความว่าคำสนองจะมีผลในเวลารุ่งเช้าที่วิญญูชนสามารถตรวจดูรับรู้จดหมายของตนได้หรือในกรณีที่ส่งโทรสารหรือฝากข้อความอัตโนมัติไว้ คำสนองจะมีผลในเวลาทำการถัดไปของผู้รับคำเสนอที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจการค้าแล้วแต่กรณี⁶⁷

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามมาตรา 361 วรรคสอง จะเห็นได้ว่าข้อยกเว้นของหลักการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้าซึ่งกำหนดให้การแสดงเจตนาทำคำสนองอาจทำได้ด้วยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งโดยไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวหรือส่งคำสนองกลับไปสู่ผู้ทำคำเสนอที่มีได้อยู่เฉพาะหน้า (in absence) ตามทฤษฎีรับหรือหลักการรับเจตนา (principle of reception) เมื่อการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นอาจสันนิษฐานได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอ โดยมาตรา 361 วรรคสองได้กำหนดข้อสันนิษฐานเอาไว้สองกรณีอันได้แก่ กรณีที่ผู้ทำคำเสนอได้แสดงเอาไว้ว่าไม่จำเป็นต้องบอกกล่าว (waiver) และกรณีตามปกติประเพณีว่าไม่จำเป็นต้องมีการบอกกล่าว เป็นต้น⁶⁸ และสัญญาย่อมเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำนั้นซึ่งเป็นไปตามหลักการเผยเจตนา (principle of expression) ไม่คำนึงว่าผู้ทำคำเสนอจะได้รับทราบหรือรู้ถึงการกระทำอันสันนิษฐานได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาทำคำสนองเช่นนั้นเลย⁶⁹ การเกิดขึ้นของสัญญาในกรณีที่ผู้ทำคำสนองไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวคำ

⁶⁵ จิตติ ดิงศภัทย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 40*, น. 49.

⁶⁶ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 338.

⁶⁷ กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 54*, น. 165.

⁶⁸ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 326-327, และดู จิตติ ดิงศภัทย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 40*, น. 50.

⁶⁹ จิตติ ดิงศภัทย์, *เพ็งอ้าว*, น. 51.

สนองรับให้ผู้ทำคำเสนอได้ทราบหรืออาจรับรู้ได้เช่นว่านี้อาจเรียกได้ว่าเป็นการเกิดสัญญาโดยปริยาย⁷⁰

3.5.1 ลักษณะของคำเสนอขอลิขสัญญา

คำเสนอนั้นมีความหมายในทางเทคนิคที่อธิบายได้ว่าเป็นคำขอให้ทำสัญญา⁷¹ (an offer to enter into contract)⁷²สาระสำคัญของคำเสนอนั้นอยู่ที่ความชัดเจนแน่นอนถึงขนาดที่จะทำให้เกิดสัญญาทันทีเมื่ออีกฝ่ายทำคำสนองรับกลับมา และหากคำเสนอไม่มีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอ ย่อมผลทำให้ลดคุณค่าของคำเสนอและถือเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้อีกฝ่ายทำคำเสนอเท่านั้น⁷³ และแตกต่างจากคำทาบทามเพื่อให้เข้าเจรจาติดต่อทำสัญญากันต่อไป แต่ทั้งนี้คำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ และคำทาบทามฯ มิได้ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายแต่อย่างใด จากข้อพิจารณาที่คำเสนอต้องมีความชัดเจนแน่นอนดังกล่าว ทำให้มีความเห็นในทำนองว่าการแสดงเจตนาทำคำเสนอนั้นต้องแสดงออกมาโดยชัดแจ้งเท่านั้น⁷⁴ กล่าวคือคำเสนอจะไม่อาจทำโดยปริยายได้⁷⁵ อย่างไรก็ตามท่านศาสตราจารย์ เสนีย์ ปราโมช เคยให้ตัวอย่างในตำราที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าคำเสนออาจกระทำได้โดยปริยาย เช่น ถ้ามีคนส่งเปียร์มา 1 โหลหรือหนังสือราคาแพง 1 เล่มมาให้เราโดยพฤติการณ์ไม่อาจที่จะเห็นได้ว่าเป็นการส่งมาให้เปล่าและอาจถือเป็นคำเสนอจะขายโดยปริยายได้⁷⁶ และศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1013/2509⁷⁷ โดยวินิจฉัยว่า การได้รับสัมปทานตั้งโรงไฟฟ้าถือเป็นคำเสนอต่อบุคคล

⁷⁰ เพิ่งอ้าง, น. 50, และดู ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 338.

⁷¹ เพิ่งอ้าง, น. 11.

⁷² Basil Markesinis, Hannes Unberath and Augus Johnston, *supra* note 64, p. 68.

⁷³ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 320.

⁷⁴ จิตติ ดิงศกัทธิย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 40, น. 12-13, และดู ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 320.

⁷⁵ จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 201

⁷⁶ เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น. 36.

⁷⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 1013/2498 (ญ.) วินิจฉัยว่า “ศาลฎีกาเห็นว่าการตั้งโรงไฟฟ้าจำหน่ายกระแสไฟฟ้าเช่นนี้เป็นกิจการค้าอันเป็นสาธารณูปโภค ซึ่งกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนต้องห้ามมิให้กระทำเว้นแต่ได้รับอนุญาตจากรัฐบาล รัฐบาลจะกำหนดเงื่อนไขที่เห็นว่าจำเป็นไว้ด้วยก็ได้ตามนัยแห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอัน

ทั่วไปว่าจะรับบริการต่อประชาชนที่มีความประสงค์จะเข้าทำสัญญาตามเงื่อนไขสัมปทาน เมื่อมีผู้ขอใช้ไฟฟ้ายอมเป็นค่านองรับและก่อให้เกิดเป็นสัญญาขึ้นแล้ว ซึ่งอาจหมายความว่า การแสดงเจตนาทำคำเสนออาจกระทำได้โดยปริยาย⁷⁸ อนึ่งมีข้อพิจารณาตามคำรากฎหมายเยอรมันเกี่ยวกับเรื่องการเข้าถึงสาธารณูปโภคต่างๆ ที่รัฐมีหน้าที่จัดทำให้แก่ประชาชนอันได้แก่ ไฟฟ้า เชื้อเพลิง หรือการขนส่งมวลชน เป็นต้น ซึ่งมีหลักการพื้นฐานที่จะมุ่งก่อตั้งสิทธิ (entitle) ให้แก่ผู้ขอใช้บริการในการเข้าถึงสาธารณูปโภคพื้นฐานหรือเข้าถึงสินค้าอุปโภคและบริโภคได้โดยปราศจากเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใดๆ จากผู้ให้บริการดังกล่าว การจัดหาสาธารณูปโภคดังกล่าวจึงเป็นหน้าที่อันหลีกเลี่ยงมิได้ของผู้รับสัมปทานและถือเป็นข้อจำกัดของหลักเสรีภาพในการทำสัญญาของผู้รับสัมปทาน และเมื่อผู้แสดงเจตนาขอใช้บริการสาธารณูปโภคจากผู้รับสัมปทาน ผู้รับสัมปทานจึงมีหน้าที่ต้องแสดงเจตนาสนองรับโดยไม่มีเงื่อนไขเพิ่มเติมใดๆ เว้นแต่เป็นหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทานเท่านั้น⁷⁹ คำเสนอถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการแสดงเจตนา คำเสนอจึงต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการแสดงเจตนาด้วย กล่าวคือถ้าเป็นการทำคำเสนอที่กระทำต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้าหรือถือว่าอยู่เฉพาะหน้า คำเสนอจะมีผลต่อเมื่อมีผู้รับคำเสนอได้ทราบการแสดงเจตนาทำคำเสนอนั้นตามมาตรา 168 อันเป็นไปตามทฤษฎีรู้หรือหลักรู้เจตนา (principle of perception) ดังที่ได้กล่าวไปแล้ว แต่ถ้าหากเป็นการทำคำเสนอที่กระทำต่อบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้าหรืออยู่ห่างโดยระยะทาง คำเสนอจะมีผลต่อเมื่อคำเสนอได้ส่งไปถึงผู้รับคำเสนอตามมาตรา 169

กระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 มาตรา 5 และฉบับที่ 2 พ.ศ. 2485 ศาลฎีกาโดยที่ประชุมใหญ่เห็นว่า การที่บริษัทจำเลยเรียกเก็บเงินเช่นที่กล่าวแล้วนั้นเป็นการขัดกับสัมปทานข้อ 16, 18, 20 จะเรียกเงินเกี่ยวกับหม้อมิเตอร์เกินกว่าเดือนละ 100 สตางค์ไม่ได้ การที่บริษัทได้รับสัมปทานเช่นนี้ถือได้ว่าได้ทำคำเสนอแสดงออกต่อบุคคลทั่วไปว่าจะรับบริการต่อประชาชนภายในเขตสัมปทานตามเงื่อนไขในสัมปทาน ฉะนั้นเมื่อผู้ใช้ไฟฟ้าและปฏิบัติตามสัมปทานแล้วก็ถือได้ว่าสนองรับคำเสนอของบริษัทจำเลย ก่อให้เกิดนิติกรรมสัญญาผูกพันกันขึ้นระหว่างผู้ใช้ไฟฟ้ากับผู้รับสัมปทาน โดยเหตุนี้จะเป็นโดยข้อสัญญาหรือข้อกฎหมาย จำเลยก็ไม่มีสิทธิเรียกเงินประกันหม้อมิเตอร์และบอกเลิกสัญญาได้โดยลำพังตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 386 พิพากษายืน”

⁷⁸ จิต เศรษฐบุตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 202.

⁷⁹ Basil Markesinis, Hannes Unberath and Augus Johnston, *supra note 64*, p. 71.

วรรคหนึ่ง ซึ่งตั้งอยู่บนฐานของทฤษฎีรับหรือหลักการรับเจตนา (principle of reception) ข้างต้น⁸⁰ นอกจากนี้คำเสนออาจกระทำต่อบุคคลใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงหรือกระทำต่อสาธารณะชนได้ซึ่งแตกต่างในเรื่องจำนวนของผู้รับการแสดงเจตนาว่ามีคนเดียวหรือหลายคนและสาระสำคัญยิ่งกว่าคือการแสดงเจตนาที่ต้องมีลักษณะของคำเสนอที่ครบถ้วน ซึ่งสาธารณะชนย่อมหมายถึงการแสดงเจตนาต่อผู้รับคำเสนออันเป็นบุคคลทั่วไปที่ไม่เจาะจงตัว (ad incertas personas) เช่น คำเสนอขายสินค้าผ่านเครื่องขายสินค้าอัตโนมัติ (vending machine) ที่ใส่แดงสินค้าและกำหนดราคาที่ชัดเจนตามลักษณะของคำเสนอ เป็นต้น⁸¹

นอกจากนี้คำสนองที่มาถึงล่วงเวลาและคำสนองที่เปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาแห่งคำเสนอให้ถือเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ ซึ่งความเป็นจริงแล้วคำสนองที่มาถึงล่วงเวลาและคำสนองที่เปลี่ยนแปลงแก้ไขคำเสนอดังกล่าวมิใช่คำเสนอแต่อย่างใด แต่มาตรา 359⁸² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้คำสนองเช่นนั้นมีผลเป็นคำเสนอโดยปริยาย⁸³ ทั้งนี้คำสนองรับที่ล่วงเวลาหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำเสนอเช่นนั้นจะถือเป็นคำเสนอได้ต่อเมื่อคำสนองดังกล่าวมีความชัดเจนแน่นอนตามลักษณะของคำเสนอ กล่าวคือต้องมีเนื้อหาที่ชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่จะก่อให้เกิดสัญญาได้เมื่ออีกฝ่ายตอบรับกลับมา⁸⁴

เมื่อคำเสนอถูกสื่อสารไปสู่ผู้รับจนมีผลตามมาตรา 168 หรือ 169 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ย่อมไม่อาจบอกถอนโดยชัดแจ้งหากบ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองเอาไว้ในคำเสนอตามมาตรา 354⁸⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และนอกจากนี้ยังไม่อาจบอกถอนได้โดย

⁸⁰ ศนันท์กรณ โสติพันธุ์อ้วนแล้ว, *เชิงอรรถที่ 7*, น. 151-153 และ 319, และดู จิตติ ดิงศรัทีย, *อ้วนแล้ว เชิงอรรถที่ 40*, น. 34.

⁸¹ ศนันท์กรณ โสติพันธุ์, *อ้วนแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 321.

⁸² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 บัญญัติว่า

“ถ้าคำสนองมาถึงล่วงเวลา ท่านให้ถือว่าคำสนองนั้นกลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่

คำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยนั้น ท่านให้ถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับ ทั้งเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วยในตัว”

⁸³ จี๊ด เศรษฐบุตร, *อ้วนแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 202.

⁸⁴ ศนันท์กรณ โสติพันธุ์, *อ้วนแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 321.

⁸⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 354 บัญญัติว่า

“คำเสนอจะทำสัญญาอันบ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองนั้น ท่านว่าไม่อาจบอกถอนได้ภายในระยะเวลาที่บ่งไว้”

ปริยายจนกว่าจะได้ล่วงพ้นเวลาอันควรคาดหมายว่าได้รับคำสนองในกรณีที่เป็นคำเสนอที่ทำต่อบุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทางและมีได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองเอาไว้ตามมาตรา 355⁸⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ด้วยเหตุนี้ทำให้คำเสนอจะสิ้นผลความผูกพันต่อเมื่อผู้รับคำเสนอได้บอกปิดไม่รับคำเสนอตามมาตรา 357⁸⁷ หรือเมื่อผู้รับคำเสนอไม่สนองรับภายในเวลาที่บ่งเอาไว้ตามมาตรา 354 หรือไม่สนองรับภายในระยะเวลาอันควรคาดหมายในกรณีคำเสนอที่ทำต่อบุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทางตามมาตรา 355 และผู้เสนอได้บอกถอนแล้ว หรือคำเสนอสิ้นผลในขณะที่ทำคำเสนอด้วยเหตุที่เป็นการทำคำเสนอต่อบุคคลเฉพาะหน้าที่จำเป็นต้องสนองรับ ณ ที่นั้นเวลานั้นตามมาตรา 356 เป็นต้น⁸⁸

สำหรับปัญหาในทางทฤษฎีที่ว่าคำเสนอเป็นนิติกรรมหรือไม่นั้น มีข้อความคิดที่ต่างกันในแต่ละระบบกฎหมาย เช่น ระบบกฎหมายอิตาลีไม่ถือเป็นนิติกรรมคำเสนออาจบอกถอนได้เสมอ ตราบใดที่สัญญายังไม่เกิดขึ้นแม้จะมีการแสดงเจตนามีผลเป็นคำเสนอแล้วก็ตาม แต่ทั้งนี้เข้าใจว่าคำเสนอในระบบกฎหมายไทยมีลักษณะเป็นนิติกรรมด้วยเหตุที่ว่าเมื่อคำเสนอถูกส่งไปสู่ผู้รับคำเสนอแล้วย่อมเกิดความผูกพันภายใต้กฎหมายที่เรียกว่า ‘ความผูกพันตามคำเสนอ’ และทำให้ผู้ทำคำเสนอไม่อาจบอกถอนคำเสนอได้เป็นช่วงระยะเวลาหนึ่ง แม้ว่าคำเสนอที่มีผลเป็นคำเสนอนั้นจะยังไม่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ทางหนี้จนกว่าจะหลวมรวมเข้ากับคำสนองเกิดขึ้นเป็นสัญญาก็ตาม⁸⁹ ส่วนคำสนองถือเป็นนิติกรรมหรือไม่นั้นยังคงมีความไม่ชัดเจนในทางทฤษฎี⁹⁰

สำหรับผู้เขียนมีความเห็นในแนวทางที่ว่าคำเสนอน่าจะต้องทำโดยชัดแจ้งเท่านั้น กล่าวคือจะกระทำโดยปริยายไม่ได้ เนื่องจากคำเสนอที่ชัดเจนแน่นอนเมื่อสื่อสารต่อผู้รับคำเสนอโดยชอบย่อมก่อให้เกิดข้อผูกพันต่อผู้ทำคำเสนอ การกระทำที่ไม่ชัดเจนแน่นอนว่าผู้แสดงประสงค์ที่จะ

⁸⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 355 บัญญัติว่า

“บุคคลทำคำเสนอไปยังผู้อื่นซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทาง และมีได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนอง จะถอนคำเสนอของตนเสียภายในเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำบอกกล่าวสนอนั้น ท่านว่าหาอาจจะถอนได้ไม่”

⁸⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 357 บัญญัติว่า

“คำเสนอใดเขาบอกปิดไปยังผู้เสนอแล้วก็ดี หรือมิได้สนองรับภายในเวลากำหนดดังกล่าวมาในมาตราทั้งสามก่อนนี้ก็ดี คำเสนอนั้นท่านว่าเป็นอันสิ้นความผูกพันแต่นั้นไป”

⁸⁸ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 321-324.

⁸⁹ เพิ่งอ้าง, น. 324-325.

⁹⁰ เพิ่งอ้าง, น. 326.

ผูกพันต่อสิ่งใดแม้จะมีการสื่อสารไปถึงผู้รับเจตนาอย่างถูกต้องแล้วย่อมถือไม่ได้ว่าเป็นคำเสนอ แต่มีฐานะเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอหรือคำทาบถามให้เข้าเจรจาติดต่อทำสัญญาอีกครั้งหนึ่งแล้วแต่กรณี นอกจากนี้กระทำได้โดยปริยายจำเป็นต้องตีความหรือสันนิษฐานจากพฤติการณ์แวดล้อมอีกชั้นหนึ่งว่าผู้กระทำแสดงเจตนาทำคำเสนอที่มีข้อผูกพันตามกฎหมายหรือไม่นั้นอาจมีกฎหมายอื่นรองรับผลการกระทำเช่นนั้นไว้แล้ว เช่น การไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาน่าจะถือว่าเป็นการไม่ชำระหนี้และก่อให้เกิดความรับผิดตามสัญญามากกว่าการทำคำเสนอขอเลิกสัญญา เป็นต้น และท้ายที่สุดการยอมรับให้มีการทำคำเสนอโดยปริยายที่คลุมเครือไม่ชัดเจนอาจนำไปสู่นิติสัมพันธ์ทางสัญญาที่ไม่แน่นอน อีกทั้งยากลำบากแก่การบังคับตามเนื้อหาแห่งสัญญาและความไม่แน่นอนทั้งหลายคาดว่าเป็นสิ่งที่กฎหมายไม่พึงประสงค์

3.5.2 ลักษณะของคำสนอง

คำสนองเป็นการแสดงเจตนาตอบรับตามคำเสนอ⁹¹ และเมื่อคำสนองถูกต้องตรงกับคำเสนอย่อมมีผลทำให้สัญญาเกิดขึ้น เว้นแต่คำสนองที่มีข้อไขจะถือว่าเป็นคำบอกปิดคำเสนอและกลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ตามมาตรา 359 วรรคสอง ซึ่งคำสนองมีลักษณะสำคัญประการหนึ่งคือต้องแสดงเจตนาไปยังบุคคลผู้ทำคำเสนอโดยเฉพาะเจาะจง เนื่องจากบุคคลดังกล่าวจะต้องเข้ามาเป็นคู่กรณีแห่งสัญญาเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว⁹² อีกทั้งการทำคำสนองถือเป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่งจึงต้องอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการแสดงเจตนา เช่นเดียวกับการทำคำเสนอ กล่าวคือหากเป็นคำสนองกระทำต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้าหรือถือว่าอยู่เฉพาะหน้า คำสนองจะมีผลต่อเมื่อมีผู้ทำคำเสนอได้ทราบการแสดงเจตนาทำคำเสนอนั้นตามมาตรา 168 ซึ่งเป็นไปตามหลักของทฤษฎีรู้หรือหลักการรู้เจตนา (principle of perception) แต่ถ้าหากเป็นการทำคำสนองที่ต้องกระทำต่อผู้ทำคำเสนอที่ไม่อยู่เฉพาะหน้าหรืออยู่ห่างโดยระยะทาง คำเสนอจะมีผลต่อเมื่อคำเสนอได้ส่งคำบอกกล่าวสนองรับไปถึงผู้รับคำเสนอตามมาตรา 169 วรรคหนึ่ง และมาตรา 361 วรรคหนึ่ง ซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีรับหรือหลักการรับเจตนา (principle of reception) ข้างต้น

ทั้งนี้คำสนองอาจแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษร กล่าวด้วยวาจา หรืออากัปกิริยาอื่นใดที่สื่อความหมายโดยตรงว่าสนองรับคำเสนอนั้นๆ เช่น ผงกศีรษะตอบรับ หรือแม้กระทั่งทำสนองโดยปริยายด้วยการกระทำการตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 361 วรรคสอง ซึ่งใช้เฉพาะกรณีของการทำคำสนองต่อผู้รับที่มีได้อยู่เฉพาะหน้า เมื่อมีปกติ

⁹¹ เพิ่งอ้าง, น. 325.

⁹² จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 214.

ประเพณีที่ปฏิบัติหรือตามเจตนาของผู้เสนอว่าไม่จำเป็นต้องมีคำบอกกล่าวสนองโดยชัดแจ้ง สัญญา ย่อมเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำอันหนึ่งของผู้รับคำเสนอที่พึงสันนิษฐานได้ว่าเป็นการบอกกล่าวคำสนอง ตามมาตรา 361 วรรคสอง⁹³ การแสดงเจตนาทำคำสนองรับเช่นว่านี้จึงมิได้เกิดขึ้นอย่างชัดแจ้งแต่เป็นการสนองรับคำเสนอด้วยการกระทำอย่างหนึ่งซึ่งอาจสันนิษฐานได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาสนองรับคำเสนอโดยปริยาย⁹⁴

คำว่าปกติประเพณีได้ถูกบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 361 วรรคสอง และ 368⁹⁵ ทั้งนี้ ‘ปกติประเพณี’ ย่อมหมายถึงปกติประเพณีที่เคยทำมาระหว่างคู่สัญญาด้วยกัน และรวมทั้งจารีตประเพณีที่มีอยู่ในท้องตลาดหรือปกติประเพณีทางการค้าซึ่งอาจแตกต่างกันไปตามประเภทของอาชีพ ดังนั้นปกติประเพณีทางการค้าจึงย่อมอยู่ในความหมายของคำว่าปกติประเพณีอีกด้วย⁹⁶ และปกติประเพณีที่อาจนำมาสันนิษฐานให้เกิดสัญญาได้นั้นต้องเป็นประเพณีที่คู่สัญญาทั้งสองรู้จักกันอยู่และมีเป็นเวลานาน อีกทั้งต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย⁹⁷ ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่าการกระทำอันใดอันหนึ่งซึ่งอาจสันนิษฐานได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาสนองรับตามปกติประเพณีและเกิดเป็นสัญญาขึ้นได้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 657/2549 วินิจฉัยว่าการอนุมัติและเปิดสัญญาเพื่อ

⁹³ จีต เศรษฐบุตร, *เพิ่งอ้าง*, น. 214, และดู ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 7*, น. 326-327.

⁹⁴ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 7*, น. 326.

⁹⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 368 บัญญัติว่า “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย”

⁹⁶ สิริธร นิธิเบญญากร, “ปัญหาการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551) น. 128.

⁹⁷ จิตติ ตังศภัทย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 40*, น. 50 และดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 104/2462 วินิจฉัยว่า “ประเพณีที่ยกขึ้นวินิจฉัยได้ต้องมีมานาน สมควร และมีกำหนดแน่นอน และไม่ขัดต่อกฎหมายลักษณะอักษร ประเพณีที่ยอมให้ปิดทางน้ำไม่ให้สาธารณชนสามารถเดินเรือได้ทั้งๆ ที่มีสิทธิยอมไม่เรียกว่าเป็นประเพณีที่สมควร” และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 578/2474 วินิจฉัยว่า “จำเลยเช่าห้องแถวโจทก์ 2 ห้อง ๆ ละ 31 บาทมีกำหนด 3 ปี จำเลยอยู่ไปได้ 5 เดือน บอกเลิกสัญญาไม่เช่าต่อไป ศาลเดิมเห็นว่าตามประเพณีพื้นเมืองที่ทำกันอยู่ทั่ว ๆ ไป ผู้เช่าและผู้ให้เช่าจะบอกเลิกสัญญาเช่าเมื่อใดก็ได้ จำเลยจึงไม่ผิดสัญญา ศาลอุทธรณ์เห็นว่าประเพณีพื้นเมืองจะหักล้างสัญญาเช่าที่ถูกกฎหมายไม่ได้เมื่อจำเลยไม่ปฏิบัติตามสัญญาเช่าให้ครบ 3 ปี ก็ต้องใช้ค่าเสียหายแก่ผู้เช่า จึงให้จำเลยใช้ค่าเสียหาย 100 บาท ศาลฎีกาตัดสินยืน”

ให้บริการวิทยุโดยสำนักงานใหญ่ของผู้รับคำเสนอเมื่อได้รับคำขอ/สัญญาการใช้บริการวิทยุคมนาคมจากผู้ทำคำเสนอ ถือเป็นการกระทำตามปกติประเพณีการตกลงทำสัญญาการใช้บริการวิทยุคมนาคม⁹⁸ เป็นต้น

แต่ในทางกลับกันประเพณีที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่รู้⁹⁹ หรือเป็นประเพณีที่อ้างว่าเพิ่งจะเกิดขึ้นนั้นจะนำมาบังคับไม่ได้¹⁰⁰

นอกจากนี้ ผู้ทำคำเสนออาจกำหนดวิธีการให้ผู้รับคำเสนอกระทำแทนการบอกกล่าวคำสนองได้ เช่น ให้ส่งคำสนองทางจดหมาย หรือให้จุดพลุแทนการบอกกล่าวคำสนอง เป็นต้น และเมื่อมีการกระทำตามที่กำหนดสัญญาย่อมเกิดขึ้นโดยไม่คำนึงว่าผู้ทำคำเสนอจะทราบถึงการกระทำนั้น

⁹⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 657/2549 เล่มที่ 6 หน้า 13 (สำนักงานศาลยุติธรรม) วินิจฉัยว่า “เมื่อคำขอ/สัญญาการใช้บริการวิทยุคมนาคมเป็นอำนาจของสำนักงานใหญ่ของโจทก์ที่ตั้งอยู่ในเขตศาลชั้นต้นเป็นผู้พิจารณาอนุมัติสัญญา และเมื่อได้อนุมัติสัญญาแล้ว พร้อมกันนั้นสำนักงานใหญ่ของโจทก์ก็จะเปิดสัญญาณคลื่นวิทยุที่อยู่สำนักงานใหญ่ของโจทก์ หลังจากนั้นจำเลยก็จะสามารถใช้บริการวิทยุคมนาคมตามคำขอที่ยื่นไว้ได้ การอนุมัติและการเปิดสัญญาโดยสำนักงานใหญ่ของโจทก์ในลักษณะนี้ จึงเป็นการกระทำอันใดอันหนึ่งซึ่งมีผลเป็นการแสดงเจตนาสนองรับคำเสนอของจำเลยตามคำขอที่ได้ยื่นไว้ต่อสำนักงานสาขาหรือตัวแทนของโจทก์ แม้ถึงจะเป็นการแสดงเจตนาที่กระทำต่อจำเลยซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้า แต่ก็ถือได้ว่าตามปกติประเพณีการตกลงทำสัญญาการใช้บริการวิทยุคมนาคมระหว่างโจทก์กับจำเลยในลักษณะเช่นนี้ย่อมได้เกิดเป็นสัญญาขึ้นเมื่อสำนักงานใหญ่ของโจทก์ได้สนองรับคำเสนอโดยเปิดสัญญาณวิทยุคมนาคมที่สำนักงานใหญ่ของโจทก์ซึ่งมีผลทำให้จำเลยสามารถใช้บริการวิทยุคมนาคมจากโจทก์โดยไม่จำเป็นต้องมีคำบอกกล่าวสนองไปถึงจำเลยผู้เสนอตาม ป.พ.พ. มาตรา 361 วรรคสอง แต่ประการใดอีก; และคำพิพากษาฎีกาที่ 620/2548 วินิจฉัยทำนองเดียวกัน, อ้างถึงใน ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 326.

⁹⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 2122/2499 วินิจฉัยว่า “ประเพณีการค้าของธนาคารพาณิชย์นั้น ถ้าไม่ปรากฏว่าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้รู้ จะนำเอาประเพณีนั้นมาผูกมัดคู่กรณีฝ่ายนั้นให้นอกเหนือไปจากข้อตกลงในสัญญาไม่ได้”

¹⁰⁰ จิตติ ดิงศรัทีย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 40*, น. 50, และโปรดดู คำพิพากษาฎีกาที่ 104/2462 ประเพณีที่ยกขึ้นวินิจฉัยได้ต้องมีมานาน สมควร และมีกำหนดแน่นอน และไม่ขัดต่อกฎหมายลักษณะอักษร ประเพณีที่ยอมให้ปิดทางน้ำไม่ให้สาธารณะชนสามารถเดินเรือได้ทั้ง ๆ ที่มีสิทธิยอมไม่เรียกว่าเป็นประเพณีที่สมควร

หรือไม่ก็ตาม¹⁰¹ เช่น นาย ก. เขียนจดหมายเสนอขายรถยนต์ของตนให้แก่ นาย ข. ราคา 250,000 บาท โดยระบุในจดหมายว่า หากนาย ข. ต้องการซื้อให้ดำเนินการโอนเงินจำนวนดังกล่าวเข้าบัญชีธนาคารของนาย ก. ที่ระบุ เมื่อนาย ข. ได้รับจดหมายและจัดการโอนเงินเข้าบัญชีธนาคารตามความต้องการของ นาย ก. แล้ว แม้การกระทำของนาย ข. จะไม่ชัดเจนว่าเป็นการสนองรับคำเสนอเพราะบุคคลย่อมโอนเงินเข้าบัญชีผู้อื่นได้หลายสาเหตุ แต่เมื่อพิจารณาข้อความที่นาย ก. ระบุไว้ในจดหมายย่อมอาจสันนิษฐานได้ว่าการกระทำของนาย ข. เป็นการแสดงเจตนาสนองรับคำเสนอของนาย ก. เป็นต้น¹⁰² นอกจากนี้ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่าการที่ธนาคารได้ออกเลตเตอร์ออฟเครดิต (letter of credit) ให้แก่ผู้ขายถือเป็นคำเสนอ และเมื่อผู้ขายส่งสินค้าตามที่ระบุไว้ในเลตเตอร์ออฟเครดิต (Letter of Credit) ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาทำคำสนองแล้ว¹⁰³ เป็นต้น ทั้งนี้เหตุที่ให้กำหนดให้บอกกล่าวเจตนาสนองรับกลับมาให้แก่ผู้ทำคำเสนอเพื่อความสะดวกของผู้ทำคำเสนอ แต่ถ้าผู้ทำคำเสนอเห็นสะดวกเป็นอย่างอื่นหรือปกติประเพณีมีความสะดวกอยู่แล้วก็ไม่จำเป็นต้องมีการส่งคำสนองรับมาให้ผู้ทำคำเสนอ¹⁰⁴

อย่างไรก็ดีแม้ว่าผู้ทำคำเสนอจะกำหนดให้ถือเอาการกระทำอย่างใดๆ แทนการบอกกล่าวสนองรับได้ แต่ผู้ทำคำเสนอไม่อาจกำหนดวิธีการให้ผู้รับคำเสนอต้องกระทำเพื่อแทนปฏิเสธคำเสนอได้หากผู้ทำคำสนอนั้นไม่ประสงค์ที่จะเข้าทำสัญญาตามที่ตนได้เสนอ เช่น นาย ก. บอกขายรถยนต์แก่ นาย ข. และกำหนดเงื่อนไขต่อไปว่าหาก นาย ข. ไม่ประสงค์จะรับซื้อให้บอกมา แต่ถ้า นาย ข. นิ่งให้ถือว่าตกลง เป็นต้น การนิ่งไม่ตอบรับหรือปฏิเสธของนาย ข. ไม่อาจถือได้ว่าเป็นคำสนองรับ เนื่องจากบุคคลไม่มีหน้าที่ต้องปฏิเสธในสิ่งที่ตนมิได้ประสงค์จะตกลงด้วย ดังนั้นผู้ทำคำเสนอจะกำหนดให้ถือเอาการนิ่งของผู้ทำคำสนองเป็นการสนองรับโดยปริยายมิได้¹⁰⁵ อีกทั้งศาลฎีกาเคย

¹⁰¹ เพ็งอ้าง, น. 51.

¹⁰² ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 326-327.

¹⁰³ คำพิพากษาฎีกาที่ 1770/2499 วินิจฉัยว่า “เลตเตอร์ออฟเครดิตที่ธนาคารได้เปิดเพื่อชำระราคาสินค้าของลูกค้าของธนาคารนั้นย่อมถือว่าเป็นคำเสนอ เมื่อได้มีการส่งสินค้ามาตามทีระบุไว้ในเลตเตอร์ออฟเครดิตแล้วก็ย่อมถือได้ว่ามีคำสนองก่อให้เกิดสัญญาขึ้น”, อ้างถึงใน จิตติ ดิงศภัทัย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 40, น. 51.

¹⁰⁴ เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น. 329.

¹⁰⁵ จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 214-215.

วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 805/2509¹⁰⁶ ว่าเมื่อผู้รับได้รับคำเสนอแล้วไม่ตอบรับและการนิ่งของผู้รับคำเสนอเช่นนั้นถือไม่ได้ว่ามีการสนองรับคำเสนอ อีกทั้งวินิจฉัยต่อไปว่าการนิ่งไม่ตอบรับคำเสนอเช่นนั้นถือเป็นการปฏิเสธคำเสนอโดยปริยาย

ทั้งนี้การนิ่งอาจถือเป็นการแสดงเจตนาสนองรับโดยปริยายในกรณีมีสัญญาต่อกันอยู่แล้วหรือในคำเสนอที่เป็นประโยชน์ของผู้รับคำเสนอฝ่ายเดียว¹⁰⁷

ถ้าสัญญามีข้อสัญญาที่ระบุเรื่องต่อสัญญาโดยอัตโนมัติไว้ การนิ่งของผู้บริโภคในเวลาที่สัญญาสิ้นสุดลงแล้วอาจถือเป็นการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาได้ เช่น มีข้อสัญญาระบุว่าเมื่อสัญญาสิ้นสุดตามกำหนดให้มีการต่อสัญญาโดยอัตโนมัติ เว้นแต่คู่สัญญาที่เป็นฝ่ายผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการจะแสดงเจตนายกเลิกการต่อสัญญา เป็นต้น เมื่อพิจารณาตามหลักอิสระทางแพ่ง (private autonomy) ข้อสัญญาเช่นนั้นย่อมสมบูรณ์บังคับได้ อีกทั้งการต่อสัญญาโดยอัตโนมัติในลักษณะนี้ย่อมก่อให้เกิดประโยชน์ในเรื่องความต่อเนื่องและความแน่นอนในการให้บริการอย่างไม่ขาดสาย เช่น ไฟฟ้า ประปา โทรศัพท์ เป็นต้น และปัจจุบันมีการขยายรูปแบบการต่อสัญญาโดยอัตโนมัติไปสู่สัญญาให้บริการอิเล็กทรอนิกส์อื่นๆ เช่น การดูหนังฟังเพลงออนไลน์ เป็นต้น¹⁰⁸ แต่ในทางกลับกันในกรณีที่ไม่มีการระบุข้อสัญญาเรื่องการต่อสัญญาโดยอัตโนมัติไว้ เช่น SMS ข้อความที่ส่งเข้ามาในระบบโทรศัพท์เคลื่อนที่ในลักษณะที่เชิญชวนสมัครใช้บริการอิเล็กทรอนิกส์ อาทิ ข่าว ดูดวงรายวัน ซึ่งมีลักษณะเป็นข้อความสั้นและไม่ปรากฏรายละเอียดที่ชัดเจน เป็นต้น เมื่อผู้รับคำเชิญชวนตกลงใช้บริการจะมีการเรียกเก็บค่าบริการเป็นระยะๆ อย่างต่อเนื่องจนกว่าจะมีการยกเลิกบริการ การต่อสัญญาโดยอัตโนมัติในเรื่อง

¹⁰⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 805/2509 วินิจฉัยว่า “โจทก์กู้เงินจากจำเลยโดยเสียดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 13 ต่อปี ต่อมาจำเลยมีหนังสือไปถึงโจทก์เสนอขอขึ้นดอกเบี้ยแก่โจทก์เป็นร้อยละ 15 ต่อปี โจทก์ไม่ตอบรับข้อเสนอของจำเลย ดังนี้ ถือไม่ได้ว่าเป็นการสนองรับข้อเสนอของจำเลย แต่กลับเป็นการแสดงเจตนาปฏิเสธโดยปริยาย ข้อเสนอของจำเลยจึงไม่มีผลเปลี่ยนแปลงดอกเบี้ยตามสัญญากู้เดิม การที่โจทก์ยอมชำระดอกเบี้ยให้จำเลยในอัตราร้อยละ 15 ต่อปีก็เพราะถูกจำเลยบีบบังคับ มิฉะนั้นจำเลยจะไม่ยอมให้โจทก์ไถ่จำนอง ถือไม่ได้ว่าเป็นการชำระหนี้ตามอำเภอใจโดยรู้ว่ายาวนานไม่มีความผูกพันที่จะต้องชำระ และการที่จำเลยได้รับดอกเบี้ยเกินจากที่ตกลงไว้จากโจทก์โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ เป็นเหตุให้โจทก์เสียเปรียบ จำเลยต้องคืนเงินดอกเบี้ยส่วนที่เกินนั้นให้แก่โจทก์”

¹⁰⁷ จิตติ ดิงศรัทีย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 40*, น. 52.

¹⁰⁸ กรกมล ประเสริฐศักดิ์, “ปัญหากฎหมายของการต่อสัญญาโดยอัตโนมัติ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559) น. 196-199.

SMS ดังกล่าวยังมีความไม่ชัดเจนในเรื่องของการแสดงเจตนาต่อสัญญาของฝ่ายผู้บริโภคเนื่องจากผู้บริโภคย่อมไม่มีโอกาสแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งต่อผู้ให้บริการ และการเปิดอ่านข้อความทั่วไปที่เข้าสู่ระบบโทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้บริโภคซึ่งไม่มีลักษณะการเข้ารหัสใดๆ ย่อมเป็นสิทธิโดยชอบธรรมของผู้ใช้งานโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่จะถือเป็นการแสดงเจตนาโดยปริยายมิได้ อีกทั้งการนิ่งโดยหลักย่อมไม่ถือเป็นการแสดงเจตนา และแม้ในทางปฏิบัติผู้ประกอบการธุรกิจพยายามทำให้เกิดเป็นจารีตประเพณีทางการค้าที่ถือว่าการนิ่งเสียไม่ยกเลิกบริการหรือการไม่ทักท้วงใดๆ ของผู้บริโภคเป็นการแสดงเจตนาต่อสัญญาก็ตาม แต่มีข้อโต้แย้งในเรื่องความไม่เหมาะสมและไม่เป็นธรรมที่จะนำจารีตประเพณีระหว่างพ่อค้ามาปรับใช้กับสัญญาที่ทำกับผู้บริโภคซึ่งอาจทำให้ผู้บริโภคที่ไม่คุ้นเคยหรือไม่รู้ถึงจารีตประเพณีทางการค้านั้นต้องผูกพันปฏิบัติตามโดยปริยาย¹⁰⁹

สัญญาอาจเกิดขึ้นโดยปริยายและผู้ทำคำสนองไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวคำสนองรับไปถึงผู้ทำคำเสนออีกฝ่ายตามมาตรา 361 วรรคสอง ซึ่งเป็นข้อยกเว้นความมีผลของคำสนองที่กระทำต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางหรือมิได้อยู่ต่อหน้า ตามมาตรา 361 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 169 และแม้ว่าไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวคำสนองให้ไปถึงผู้ทำคำเสนอก็ตาม แต่อย่างน้อยที่สุดที่จะถือเป็นการสนองได้ต้องมีการกระทำของผู้รับคำเสนอที่อาจสันนิษฐานตามเจตนาผู้ทำคำเสนอหรือปกติประเพณีว่าเป็นการแสดงเจตนาทำคำสนอง¹¹⁰

3.6 การเลิกสัญญาโดยปริยายในระบบกฎหมายไทย

การเลิกสัญญาบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 หนี้ ลักษณะ 2 สัญญา หมวดที่ 4 ว่าด้วยเลิกสัญญา และอยู่ในมาตรา 386 ถึง 394 ถือเป็นบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญา (Rescission of Contract) ที่วางหลักในเรื่องการเลิกสัญญาโดยเจตนาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาที่มีสิทธิและสิทธิในการเลิกสัญญาดังกล่าวอาจเกิดขึ้นจากทั้งข้อสัญญาและข้อกำหนด

อย่างไรก็ตามการเลิกสัญญาโดยทั่วไปย่อมเกิดขึ้นได้สองประการ อันได้แก่ ประการที่หนึ่งการแสดงเจตนาใช้สิทธิเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิบอกเลิกสัญญา ประการที่สองการเลิกสัญญาที่เกิดจากเจตนาทั้งสองฝ่ายไม่ว่าจะเป็นการทำข้อตกลงเลิกสัญญาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย หรือประการที่สามการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอขอเลิกสัญญาและอีกฝ่ายสนองรับคำเสนอ

¹⁰⁹ เฟื่องอ้าง, น. 199-207.

¹¹⁰ ศนันท์กรณ โสติพันธ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 337-338.

ด้วยเหตุนี้การเลิกสัญญาโดยปริยายที่อยู่ในความสนใจของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงอาจเกิดขึ้นได้สองประการข้างต้น กล่าวคือประการที่หนึ่งการแสดงเจตนาใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยายจากคู่สัญญามีสิทธิตามมาตรา 386 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประการที่สองการเลิกสัญญาโดยปริยายที่ตั้งอยู่บนฐานของหลักอิสระในทางแพ่งของคู่กรณีตามสัญญาและหลักการแสดงเจตนาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และที่สำคัญการเลิกสัญญาโดยปริยายทั้งสองกรณีต้องสามารถสันนิษฐานโดยชอบด้วยเหตุผลได้จากการกระทำอันหนึ่งอันใดได้ว่าคู่กรณีมีเจตนาให้เกิดการเลิกสัญญาโดยปริยายเช่นนั้นอีกด้วย

3.6.1 วัตถุประสงค์ของการเลิกสัญญาโดยปริยาย

วัตถุประสงค์แห่งนิติกรรม หมายถึง เป้าหมายหรือประโยชน์สุดท้ายที่คู่สัญญาคาดหวังจะได้รับจากนิติกรรม¹¹¹ เข้าใจว่านิติกรรมสัญญาทั้งหลายต้องมีวัตถุประสงค์อยู่เสมอ เนื่องจากนิติกรรมสัญญาย่อมเป็นเครื่องมือของบุคคลที่จะให้ได้มาซึ่งประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่ง หากนิติกรรมสัญญาไม่มีวัตถุประสงค์ก็เหมือนเป็นเรื่องลอยๆ ไม่จริงจางอะไร¹¹² พัฒนาการในข้อความคิดเรื่องวัตถุประสงค์ของนิติกรรมจัดแบ่งได้จากลำดับในทางประวัติศาสตร์และแหล่งที่มาของเป้าหมายหรือประโยชน์สุดท้ายที่คู่สัญญาคาดหวังจะได้รับซึ่งได้แก่ วัตถุประสงค์ของนิติกรรมที่ตั้งอยู่บนทฤษฎีวัตถุประสงค์ในทางอัตวิสัย (subjective sense) และวัตถุประสงค์ของนิติกรรมซึ่งตั้งอยู่บนทฤษฎีวัตถุประสงค์ในทางภาวะวิสัย (objective sense) ซึ่งทั้งสองเรื่องเปรียบเสมือนเหรียญที่มีสองด้าน¹¹³

วัตถุประสงค์ในทางอัตวิสัยของนิติกรรม (subjective sense) หากเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวย่อมเป็นเป้าหมายส่วนตัวของบุคคลผู้ทำนิติกรรมซึ่งแต่ละคนอาจแตกต่างกันไป แต่ถ้าเป็นนิติกรรมสองฝ่าย เช่น สัญญา วัตถุประสงค์ในทางอัตวิสัยของนิติกรรมสองฝ่ายต้องเป็นที่ล่วงรู้ร่วมกันหรือเป็นเป้าหมายร่วมกันของคู่กรณีแห่งนิติกรรม เช่น นาย ก. ซื้อรถจักรยานยนต์จากนาย ข. เพื่อนำไปใช้ส่งยาบ้า ถ้านาย ข. ล่วงรู้ประโยชน์ในการกระทำผิดกฎหมายซึ่งอยู่ภายในใจของนาย ก. ถือว่านิติกรรมซื้อขายรถจักรยานยนต์เพื่อนำไปส่งยาบ้ามีวัตถุประสงค์ในทางอัตวิสัยที่ต้องห้ามตามกฎหมายและนิติกรรมตกเป็นโมฆะ แต่ถ้านาย ข. ไม่ล่วงรู้ถึงเจตนาภายในใจของนาย ก. จะถือเอาเป้าหมายส่วนบุคคลที่ผิดกฎหมายของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นวัตถุประสงค์ในทางอัตวิสัยของนิติกรรมไม่ได้ เป็นต้น และเป้าหมายส่วนบุคคลของคู่สัญญาย่อมมีฐานะเป็นเพียงมูลเหตุชักจูงใจ (motif) ที่ทำ

¹¹¹ เฟื่องอ้าง, น. 64.

¹¹² เฟื่องอ้าง, น. 307.

¹¹³ เฟื่องอ้าง, น. 64-66.

ให้บุคคลเข้าทำสัญญาเท่านั้น¹¹⁴ ทั้งนี้ประโยชน์ที่จะถือเอาเป็นวัตถุประสงค์ของนิติกรรมนั้นไม่จำกัดว่าต้องตราเป็นเงินได้อาจเป็นเรื่องในทางศีลธรรม หรือแต่การให้ประโยชน์ฝ่ายเดียวแก่ผู้อื่นก็ได้¹¹⁵

ในทางกลับกัน วัตถุประสงค์ของนิติกรรมในทางภาวะวิสัย (objective sense) มีที่มาโดยตรงจากตัวนิติกรรมนั่นเอง และการค้นหาเป้าหมายหรือประโยชน์สุดท้ายที่คู่กรณีคาดหวังจะได้รับอาจพิจารณาโดยตรงได้จากลักษณะของนิติกรรมที่จัดทำขึ้น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นเรื่อง “หนี้” หรือหน้าที่อันพึงต้องปฏิบัติชำระแก่อีกฝ่ายในกรณีของนิติกรรมฝ่ายเดียวหรือเป็นสิ่งที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามการชำระตอบแทนซึ่งกันและกันในการนิติกรรมสองฝ่าย เช่น สัญญา เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ทำให้วัตถุประสงค์ในทางภาวะวิสัยของนิติกรรมมีลักษณะที่ค่อนข้างแน่นอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสัญญาที่มีชื่อที่กำหนดในตามบรรพ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น สัญญาเช่าซึ่งไม่ว่าคู่สัญญาจะตกลงกันในรายละเอียดมากเพียงใดก็ตามแต่วัตถุประสงค์ที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาเช่าย่อมได้แก่ การที่ผู้ให้เช่าคาดหวังที่จะได้รับประโยชน์ตอบแทนเป็นค่าเช่าจากผู้เช่า และผู้เช่ามุ่งหมายที่จะใช้สอยหรือได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินที่เช่า เป็นต้น และเปลี่ยนแปลงไปตามลักษณะและความมุ่งหมายของนิติกรรมสัญญา¹¹⁶ นอกจากนี้มีผู้ให้ความเห็นในเรื่องวัตถุประสงค์ของนิติกรรมที่สอดคล้องกันแนวคำอธิบายในเรื่องวัตถุประสงค์ในทางภาวะวิสัยดังกล่าวโดยเห็นว่า “ข้อกำหนดของนิติกรรมที่เป็นกฎเกณฑ์หรือข้อตกลงระหว่างคู่กรณีที่แสดงเจตนาต่อกันว่าแต่ละฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันอย่างไรในนิติสัมพันธ์”¹¹⁷ อย่างไรก็ตามสัญญาที่ไม่ชื่อก็อาจมีวัตถุประสงค์ของนิติกรรมได้ แต่ทั้งนี้วัตถุประสงค์ของนิติกรรมนั้นอาจแปรเปลี่ยนไปตามลักษณะหรือสภาพของสัญญาที่จัดทำขึ้น เนื่องจากนิติกรรมสัญญาทุกชนิดจะต้องมีวัตถุประสงค์เสมอ หากไม่มีวัตถุประสงค์ก็เหมือนเป็นเรื่องลอยๆ ไม่จริงจิงอะไร¹¹⁸

วัตถุประสงค์ของนิติกรรมได้ถูกใช้ขึ้นเพื่อประโยชน์ในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมและจำกัดมิให้บุคคลใช้เสรีภาพในการทำสัญญาจนเกินขอบเขตหรือฝ่าฝืนแนวนโยบายแห่งรัฐและศีลธรรมอันดีของประชาชน และเมื่อพิจารณาคำอธิบายในทางตำราและแนว

¹¹⁴ เฟื่องอ้าง, น. 65-66

¹¹⁵ เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น. 99-101.

¹¹⁶ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 64, 307.

¹¹⁷ วีรวัฒน์ จันทโชติ, “วัตถุประสงค์ของนิติกรรม: ศึกษาเชิงประวัติศาสตร์และเปรียบเทียบ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531) น. 121.

¹¹⁸ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 307, และดู เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น. 99-101.

คำพิพากษาของศาลฎีกาไทยเข้าใจว่าข้อความคิดในเรื่องวัตถุประสงค์ของนิติกรรมในระบบกฎหมายไทยได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีวัตถุประสงค์ในทางอรรถวิสัย เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1124/2512 วินิจฉัยว่า แม้ผู้รับฝากจะรับฝากเงินเป็นปกติธุระเยี่ยงธนาคารพาณิชย์โดยมิได้รับอนุญาตถือเป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย และประโยชน์สุดท้ายของนิติกรรมคู่กรณีสองฝ่ายร่วมรู้กันจึงจะถือเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญา เมื่ออีกฝ่ายไม่ล่วงรู้ถึงมูลเหตุชักจูงใจที่ผิดกฎหมายจะถือว่าสัญญาฝากเงินตกเป็นโมฆะมิได้ เป็นต้น ทั้งนี้ทฤษฎีวัตถุประสงค์ในทางอรรถวิสัยก็มีจุดอ่อนในเรื่องที่เป็นเจตนาที่อยู่ภายในของบุคคลที่บางครั้งมีความไม่แน่นอนและหลายครั้งยากจะค้นหา¹¹⁹ และแม้ว่าวัตถุประสงค์ในทางอรรถวิสัยของนิติกรรมซึ่งเป็นเป้าหมายส่วนบุคคลของผู้ทำนิติกรรมนั้นจะยากแก่การพิจารณา แต่เข้าใจว่าวัตถุประสงค์ในทางภาวะวิสัยที่มีความแน่นอนมากกว่าย่อมค้นหาได้จากตัวนิติกรรมเสมอแม้จะมีความแตกต่างกันไปตามสภาพหรือลักษณะของสัญญา¹²⁰ ในทางกลับกันถ้าการกระทำใดปราศจากเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ทั้งในทางอรรถวิสัยและภาวะวิสัย การกระทำนั้นจะถือเป็นนิติกรรมมิได้ แต่ต้องถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่เกิดผลในทางกฎหมายและไม่เข้ากรณีนิติกรรมที่เป็นโมฆะ¹²¹

สำหรับการวินิจฉัยวัตถุประสงค์ของนิติกรรมการเลิกสัญญาโดยปริยายนั้น วัตถุประสงค์ในทางอรรถวิสัย (subjective sense) หรือมูลเหตุจูงใจในการเลิกสัญญาโดยปริยายที่ชัดเจนจากมุมมองของบุคคลภายนอกเป็นเรื่องยากแก่การคาดเดาและความไม่แน่นอนอย่างยิ่งเนื่องจากมูลเหตุที่ชักจูงใจให้เข้านิติกรรมหนึ่งๆ นั้นย่อมขึ้นอยู่กับเหตุผลส่วนตัวของแต่ละบุคคล เช่น รู้สึกโกรธหรือไม่พอใจคู่สัญญา หรืออาจได้รับข้อเสนอที่ดีกว่าจากผู้อื่น เป็นต้น อีกทั้งเมื่อมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่าคู่กรณีมีเจตนาหรือความตั้งใจจริงที่จะเลิกสัญญาต่อกันโดยปริยายหรือไม่ คู่กรณีฝ่ายที่ต้องเสียเปรียบมักต้องปกป้องผลประโยชน์ของตนด้วยการโต้แย้งหรือปฏิเสธว่าตนเองมิได้มีเจตนาที่แท้จริงที่จะเลิกสัญญาโดยปริยายอยู่เสมอ แต่ในทางการกลับกันการวินิจฉัยวัตถุประสงค์ในทางภาวะวิสัย (objective sense) ของการเลิกสัญญาโดยปริยายอาจก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าเนื่องจากมีความแน่นอนและเป็นรูปธรรมที่สามารถพิเคราะห์ได้จากสภาพหรือลักษณะของนิติกรรมที่ได้จัดทำขึ้น และเมื่อวัตถุประสงค์ในทางภาวะวิสัยมีที่มาโดยตรงจากนิติกรรมการเลิกสัญญาโดยปริยาย ซึ่งไม่ว่าจะเป็นนิติกรรมการใช้สิทธิสัญญาฝ่ายเดียวและข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายซึ่งเป็นนิติกรรมสองฝ่ายก็ตาม ทำให้วินิจฉัยเป้าหมายหรือประโยชน์สุดท้ายที่ผู้ใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยายหรือคู่กรณีแห่งข้อตกลงเลิก

¹¹⁹ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว* เจงอรรถที่ 7, น. 66.

¹²⁰ เพ็งอ้าง, น. 64-65.

¹²¹ เพ็งอ้าง, น. 75.

สัญญาโดยปริยายคาคดหมายว่าจะได้รับอาจสันนิษฐานได้จากสภาพหรือลักษณะของผลในทางกฎหมายที่นิติกรรมการเลิกสัญญาหรือข้อตกลงเลิกสัญญานั้นๆ ก่อให้เกิดขึ้น

สำหรับผลในทางกฎหมายของการใช้สิทธิเลิกสัญญาทั่วไปนั้นมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 ได้บัญญัติเรื่องผลในทางกฎหมายของการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวไว้แล้ว กล่าวคือเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญา คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม และสาเหตุที่กฎหมายกำหนดให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องให้อีกฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะเดิมและคืนทรัพย์สินและประโยชน์ที่ได้รับจากสัญญาทั้งหมดให้แก่อีกฝ่ายนั้นเนื่องจากการใช้สิทธิเลิกสัญญาส่งผลทำให้สัญญาระงับสิ้นย่อนหลังไปตั้งแต่วันที่เข้าทำสัญญาและสัญญาที่เป็นฐานรองรับการชำระหนี้ที่ได้กระทำไปจึงไม่มีอยู่อีกต่อไป¹²² กล่าวอีกนัยหนึ่งคือการเลิกสัญญาทำให้คู่กรณีเกิดหน้าที่ต้องชำระหนี้ตอบแทนให้อีกฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะเดิม¹²³ อย่างไรก็ตามมีความไม่แน่ชัดในเรื่องของหนี้หรือหน้าที่ซึ่งคู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องให้อีกฝ่ายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม กล่าวคือนิติกรรมการใช้สิทธิเลิกสัญญาก่อให้เกิดหนี้กลับคืนสู่ฐานะเดิมดังกล่าวหรือไม่ เนื่องจากในความเป็นจริงการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณีเกิดจากการที่สัญญาระงับสิ้นไปจนถึงรากฐานที่รองรับการชำระหนี้ทั้งหลายทำให้ไม่มีหนี้ต่อกันหรือการชำระหนี้ระงับสิ้นไปแล้วมากกว่า¹²⁴

และด้วยเหตุนี้ทำให้อาจกล่าวได้ว่าวัตถุประสงค์ในทางภาวะวิสัยที่แน่นอน (objective sense) ของการใช้สิทธิสัญญาโดยปริยายก็คือการที่ผู้ใช้สิทธิเลิกสัญญามีเป้าหมายหรือความต้องการในประโยชน์สุดท้ายที่จะทำให้สัญญาระงับสิ้นไปอย่างเด็ดขาดและคู่กรณีได้กลับคืนสู่ฐานะเดมย่อนหลังไปในเวลาที่เข้าทำสัญญา ตามมาตรา 391 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อย่างไรก็ตามการนำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมที่ให้ผลย้อนหลังไปในเวลาที่เข้าทำสัญญา (ex tunc) ซึ่งเป็นผลทางกฎหมายทั่วไปจากการเลิกสัญญาประเภทที่ก่อนหน้านี้ให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติชำระคราวเดียว (instantaneous contract) เข้ามาปรับใช้แก่สัญญาประเภทที่ก่อนหน้านี้ให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติชำระอย่างต่อเนื่องเป็นระยะๆ (continuous contract) เช่น สัญญาเช่า สัญญาเช่าซื้อ สัญญาจ้างแรงงาน เป็นต้น อาจก่อให้เกิดความไม่เหมาะสมได้เนื่องจากการกลับคืนสู่ฐานะเดิม

¹²² เฟิงอ้วง, น.489-497.

¹²³ เสนีย์ ปราโมช, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น. 392.

¹²⁴ ศนันท์ภรณ์ โสติพันธ์, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 497.

มีลักษณะย้อนหลังและมีผลทำให้เกิดการรื้อฟื้นหนี้ที่ระงับสิ้นแล้วในอดีตขึ้นมาอีกครั้ง¹²⁵ นอกจากนี้ คู่กรณีที่เลิกสัญญาที่ก่อหนี้ต่อเนื่องมิได้มีเจตนาที่จะเรียกการชำระหนี้ที่ทำลงไปแล้วคืนแต่ต้องการให้ สัญญาและหนี้ที่อาจเกิดมีขึ้นในอนาคตสิ้นสุดลงเท่านั้น อีกทั้งคู่กรณีต้องเสียค่าใช้จ่ายในการคืนทรัพย์สิน โดยใช้เหตุและมีความยุ่งยากในการคิดคำนวณเงินที่ต้องชดใช้เพื่อให้อีกฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะเดิมทำให้เกิดผลเสียต่อเศรษฐกิจในภาพรวมอีกด้วย¹²⁶ และในบางกรณีการกลับคืนสู่ฐานะเดิมทำให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่งขึ้นได้ เช่น ผู้ให้เช่าที่บอกเลิกสัญญาเช่าต้องคืนเงินค่าเช่าและดอกเบี้ยให้แก่ผู้เช่า เป็นต้น¹²⁷ ซึ่งรายละเอียดจะได้กล่าวต่อไป

สำหรับข้อพิจารณาในเรื่องวัตถุประสงค์ในทางภาวะวิสัยของข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายที่เป็นนิติกรรมสองฝ่ายนั้น เนื่องด้วยข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายถือเป็นสัญญาไม่มีชื่อและไม่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใดๆ ที่สามารถทำให้เห็นสภาพหรือลักษณะของข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายเอาไว้เลย แต่เข้าใจว่าผลโดยทั่วไปของข้อตกลงเลิกสัญญาจะทำให้สัญญาระงับสิ้นไปไม่ว่าข้อตกลงเลิกสัญญาจะเกิดขึ้นโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ตาม และข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายเป็นนิติกรรมสองฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิกล่าวคือ การระงับสิทธิและหน้าที่ซึ่งเกิดขึ้นจากสัญญาฉบับเดิมอย่างเด็ดขาด ส่วนจะระงับไปตั้งแต่เมื่อใดหรือจะผลของข้อตกลงเลิกสัญญาจะมีรายละเอียดอย่างไรจำเป็นต้องพิจารณาจากเนื้อหาของสาระของข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายที่สร้างขึ้น แต่ถ้ามิได้คู่สัญญามีได้กำหนดหรือตกลงไว้คงต้องปรับใช้หลักเกณฑ์เดียวกับการใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียว¹²⁸

และแม้ว่าจะมีบทบัญญัติมาตรา 391 ในเรื่องผลของการเลิกสัญญาที่กำหนดให้คู่กรณีต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมเอาไว้ แต่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นผลในทางกฎหมายของการใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวตามมาตรา 389¹²⁹ เท่านั้น การนำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมดังกล่าวเข้าปรับใช้กับ

¹²⁵ โปรตดู จตุพล หวังสู่วัฒนา, “ผลของการเลิกสัญญาต่างตอบแทน,” (วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัย คณະนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540) น. 67-71, และดู จิต เศรษฐบุตร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 10*, น. 286-287, และดู ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 7*, น. 498-499.

¹²⁶ จตุพล หวังสู่วัฒนา, *เพ่งอ้าง*, น. 67-71.

¹²⁷ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ พร้อมคำอธิบายในส่วน* *ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 และกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง*, พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556) น. 149-151.

¹²⁸ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 7*, น. 488-489.

¹²⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 389 บัญญัติว่า

ข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายที่เป็นนิติกรรมสองฝ่ายและเกิดขึ้นจากหลักอิสระในทางแพ่งของคู่สัญญานั้น โดยจะให้อธิบายว่าการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณีเป็นวัตถุประสงค์ในทางภาวะวิสัยของข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายต้องมีเหตุผลที่เหมาะสมและสอดคล้องต่อบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีกด้วย ซึ่งรายละเอียดจะได้กล่าวต่อไป

3.6.2 การแสดงเจตนาใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยาย

การใช้สิทธิเลิกสัญญาหรือบอกเลิกโดยปริยาย ถือเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่เกิดจากการแสดงเจตนาโดยคู่สัญญาที่มีสิทธิเลิกสัญญาไม่ว่าตามข้อสัญญาหรือข้อกำหนด และการกระทำนั้นไม่ขัดแย้งว่าเป็นการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยตรง แต่อาจสันนิษฐานโดยปริยายได้ด้วยเหตุผลอันชอบจากการกระทำนั้นว่าผู้แสดงมีเจตนาที่จะใช้สิทธิเลิกสัญญา

สิทธิเลิกสัญญาเมื่อเกิดขึ้นแล้วย่อมเป็นอำนาจของผู้มีสิทธิในการพิจารณาความเหมาะสมในการใช้สิทธินั้นๆ ทั้งนี้การใช้สิทธิเลิกสัญญาจำเป็นต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยการแสดงเจตนาดังที่กล่าวไปแล้ว และถ้ามีการแสดงเจตนาใช้สิทธิเลิกสัญญาที่เป็นผลสำเร็จแล้วย่อมไม่อาจบอกถอนได้ และโดยทั่วไปการแสดงเจตนาใช้สิทธิเลิกสัญญาต้องมีการสื่อสารเจตนาเลิกสัญญาให้แก่ผู้รับที่เป็นคู่สัญญาอีกฝ่าย เช่น การเขียนจดหมายบอกเลิกสัญญาส่งไปทางไปรษณีย์ เป็นต้น และการแสดงเจตนาใช้สิทธิเลิกสัญญาย่อมมีผลสมบูรณ์ แม้ภายหลังผู้แสดงเจตนาจะตายหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้นคงใช้ได้ไม่เสื่อมเสียไป แต่การแสดงเจตนาที่สมบูรณ์นั้นจะบังเกิดผลเป็นการเลิกสัญญาได้ต่อเมื่อได้ส่งไปถึงคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ถ้าจดหมายใช้สิทธิเลิกสัญญาที่ส่งไปหายกลางทางไปไม่ถึงคู่สัญญาอีกฝ่าย¹³⁰

3.6.3 ข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยาย

นอกจากการใช้สิทธิเลิกสัญญาซึ่งเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งจำเป็นต้องมีผู้รับอีกทั้งไม่มีแบบกำหนดให้ต้องกระทำแล้วนั้น บางกรณีคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอาจตกลงกันใหม่ทั้งโดยชัดแจ้งและโดยปริยายเพื่อเลิกสัญญาได้¹³¹ ลักษณะของการทำสัญญาใหม่เพื่อเลิกสัญญาเดิมโดยชัดแจ้งและโดยปริยายย่อมกระทำได้ด้วยการแสดงเจตนาทำข้อเสนอและคำสนองตรงกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเพื่อ

“ถ้าการชำระหนี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนกลายเป็นพ้นวิสัยเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง อันจะโทษลูกหนี้ได้ไซ้ เจ้าหนี้จะเลิกสัญญานั้นเสียก็ได้”

¹³⁰ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), พิมพ์ครั้งที่ 4 ปรับปรุงแก้ไขโดย มุนินทร์ พงศาปาน (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561) น. 34-35.

¹³¹ จิต เศรษฐบุตร, อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 10, น. 294.

ระงับนิติสัมพันธ์ที่เกิดจากสัญญาเดิม¹³² ซึ่งกรณีนี้ถือว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอขอเลิกสัญญาและอีกฝ่ายสนองรับกลับมามีผลเป็นการระงับนิติสัมพันธ์ตามสัญญาเดิมตามแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกา อันได้แก่ คำพิพากษาฎีกาที่ 4923/2546¹³³ เกี่ยวกับนายจ้างจัดทำโครงการให้ลูกจ้างลาออกโดยสมัครใจเพื่อรับเงินค่าตอบแทน, 2364/2545¹³⁴ และ 2641/2543¹³⁵ นอกจากนี้การเลิกสัญญาอาจเกิดขึ้นได้จากการแสดงเจตนาสนองรับคำเสนอขอเลิกสัญญาโดยปริยายได้¹³⁶ ซึ่งสัญญาฉบับใหม่ที่เกิดขึ้นคือนิติกรรมสองฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิ กล่าวคือการระงับซึ่งสิทธิหน้าที่ตามสัญญาเดิม¹³⁷

การเกิดขึ้นของข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายที่สร้างขึ้นระหว่างบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า ตามมาตรา 356 ซึ่งวางหลักให้การแสดงเจตนาทำคำเสนอที่กระทำต่อผู้รับคำเสนอที่อยู่เฉพาะหน้า จำต้องมีการสนองรับทันทีภายในเวลาและสถานที่ซึ่งทำคำเสนอนั้น แต่ทั้งนี้ข้อตกลงเลิกสัญญาจะไม่

¹³² จิตติ ดิงศรัทีย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 40*, น. 176.

¹³³ คำพิพากษาฎีกาที่ 4923/2546 เล่มที่ 12 หน้า 62 (สำนักงานส่งเสริมตุลาการ) การที่ธนาคารจัดโครงการเพื่อลดจำนวนพนักงานโดยมีหนังสือชวนชวนให้ลูกจ้างลาออกโดยสมัครใจเพื่อรับเงินค่าตอบแทนพิเศษและเงินอื่นๆ ตามที่ระบุไว้ในโครงการ ลูกจ้างสมัครเข้าร่วมโครงการและได้รับอนุมัติจากธนาคารให้ลาออกได้และได้รับเงินค่าตอบแทนตามที่ระบุไว้ในโครงการ ศาลฎีกา วินิจฉัยว่าเป็นกรณีที่ลูกจ้างและธนาคารทำคำเสนอสนองที่ถูกต้องตรงกันเป็นการทำสัญญาเลิกจ้าง ธนาคารมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามข้อตกลงด้วยการจ่ายเงินค่าตอบแทนพิเศษและเงินอื่นๆ ตามที่ระบุไว้ในโครงการ

¹³⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 2364/2545 เล่มที่ 6 หน้า 13 (สำนักงานส่งเสริมตุลาการ) ผู้ว่าจ้างทำคำเสนอให้ลูกจ้างลาออกโดยยอมจ่ายค่าตอบแทน และลูกจ้างสนองรับแล้ว จึงเกิดเป็นสัญญาเลิกสัญญา

¹³⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 2641/2543 เล่มที่ 5 หน้า 143 (สำนักงานส่งเสริมตุลาการ) โจทก์และจำเลยเข้าทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินและสัญญาจ้างเหมาจำเลยปลูกสร้างอาคาร เมื่อจำเลยปล่อยให้เวลาล่วงเลยไปนานโดยมิได้ปฏิบัติตามสัญญาและได้จัดทำแบบคำร้องขอยกเลิกสัญญาเพื่อให้โจทก์กรอกพร้อมทั้งขอเงินที่ชำระไปแล้วคืนจากจำเลยยอมมีผลเป็นคำเสนอขอเลิกสัญญา เมื่อโจทก์ได้กรอกคำร้องแจ้งความประสงค์ที่จะขอเลิกสัญญาและขอรับเงินที่ชำระไปแล้วคืนจากจำเลยจึงเป็นการสนองรับคำเสนอ สัญญาจึงเลิกกันทันที

¹³⁶ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 457.

¹³⁷ *เพ็งอ้าว*, น. 477.

เกิดขึ้นจนกว่าผู้รับคำเสนอจะได้ทราบถึงคำเสนอที่กระทำต่อตนและบอกกล่าวทำคำสนองรับไปยังผู้ทำคำเสนอทันที และเมื่อเวลาที่คู่สัญญาฝ่ายที่รับคำเสนอได้แสดงเจตนาคำสนองรับการเลิกสัญญา ย่อมเกิดขึ้นทันทีและมีผลระงับนิติสัมพันธ์ตามสัญญาเดิมตามความประสงค์ของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ส่วนข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายสัญญากระทำขึ้นระหว่างบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้า ดังที่มาตรา 361 ใช้ถ้อยคำว่าคุณคดีย่อยห่างโดยระยะทาง จะมีผลเป็นการแสดงเจตนาต่อเมื่อการแสดงเจตนาขึ้นได้ไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้บอกกล่าวคำเสนอขอเลิกสัญญาไปถึงคู่สัญญาอีกฝ่ายที่ไม่อยู่เฉพาะหน้าแล้ว คำเสนอย่อมมีผลผูกพันตามกฎหมายต่อผู้ทำคำเสนอ แต่ทั้งนี้สัญญาจะไม่เกิดเป็นผลขึ้นจนกว่าผู้รับคำเสนอขอเลิกสัญญาที่ไม่อยู่เฉพาะหน้าจะได้บอกกล่าวคำสนองรับดังกล่าวกลับไปถึงผู้ทำคำเสนอ และเมื่อเวลาที่คำสนองไปถึงคู่สัญญาฝ่ายที่ทำการเสนอ สัญญาเพื่อเลิกสัญญา ย่อมเกิดขึ้นและมีผลให้ระงับนิติสัมพันธ์ตามสัญญาเดิม¹³⁸ อย่างไรก็ตามการเกิดขึ้นของการเลิกสัญญาโดยปริยายคาดว่าน่าจะเกิดขึ้นภายใต้หลักการถูกต้องตรงกันระหว่างคำเสนอและคำสนองเป็นพื้นฐาน และเข้าใจว่าเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งว่าเป็นคำเสนอขอเลิกสัญญาซึ่งชัดเจนแน่นอนจนปราศจากข้อสงสัยใดๆ ว่าคู่สัญญาฝ่ายที่ทำการเสนอต้องการที่จะขอทำสัญญาหรือข้อตกลงเพื่อเลิกสัญญาต่อคู่สัญญาฝ่ายที่รับคำเสนอ แต่ในการสนองรับคำเสนอดังกล่าวอาจมีความไม่ชัดเจนว่าเป็นการแสดงเจตนาทำคำสนอง และจำเป็นต้องอาศัยการสันนิษฐานจากพฤติการณ์แวดล้อมอื่นๆ เช่น ผู้ทำคำเสนอแสดงเจตนาไว้หรือมีจารีตประเพณีว่าไม่ต้องการบอกกล่าวคำสนอง เป็นต้น ทำให้เข้าใจได้ว่าการกระทำของผู้รับคำเสนอถือได้ว่าเป็นคำสนองแล้ว ตามมาตรา 361 วรรคสอง และถือว่าการเกิดขึ้นของสัญญากรณีเช่นนี้เป็นการเกิดสัญญาโดยปริยาย¹³⁹ และเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องการหรือเห็นว่านิติสัมพันธ์ตามสัญญาเดิมไม่อาจดำเนินต่อไปหรือไม่อาจรักษาไว้ได้อีกต่อไป คู่สัญญาฝ่ายนั้นจึงริเริ่มทำคำเสนอขอเลิกสัญญาไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งหากอีกฝ่ายผู้รับคำเสนอขอเลิกสัญญาเห็นพ้องตรงกันโดยการทำการคำสนองรับกลับมาโดยปริยายก่อให้เกิดผลเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นการระงับซึ่งนิติสัมพันธ์ที่เคยมีตามสัญญาเดิม¹⁴⁰ อย่างไรก็ตามแนวคำอธิบายดังกล่าวเป็นตั้งอยู่บนข้อพิจารณาในทางทฤษฎีเท่านั้น

3.6.4 การเลิกสัญญาโดยปริยายตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาไทย

เมื่อพิจารณาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยายพบว่ามีความน่าสนใจไม่น้อย แม้จะไม่สอดคล้องกับแนวคำอธิบายในเรื่องข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายข้างต้นแต่

¹³⁸ เเพ้งอ้าง, น. 328-329.

¹³⁹ จิตติ ติงศกัทธิย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 40, น. 50.

¹⁴⁰ ศนันท์ภรณ์ โสติพันธ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 457.

ก็อาจเป็นข้อบ่งชี้ได้ว่าระบบกฎหมายไทยยอมรับให้มีการเลิกสัญญาโดยปริยายได้ และอาจแบ่งแยกตามข้อสังเกตของผู้เขียนมีรายละเอียดดังต่อไปนี้



3.6.4.1 กรณีที่คู่สัญญาไม่นำพาต่อการปฏิบัติตามสัญญาหรือทั้ง

ร่าง

พฤติการณ์ที่คู่สัญญาไม่นำพาต่อการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาหรือมีการทิ้งร้างโดยมิได้ติดตามทวงถามต่อกันจนกระทั่งล่วงเลยไปชั่วระยะเวลาหนึ่ง เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 814/2490¹⁴¹, 136/2509¹⁴², 55/2526¹⁴³, 137/2528¹⁴⁴, 4765/2549¹⁴⁵ และ 8188/2554¹⁴⁶

¹⁴¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 814/2490 วินิจฉัยว่าตามสัญญาจะซื้อขายที่ดิน เมื่อการที่จะจดทะเบียนโอนพนักงานที่ดินขัดข้องบางประการ ผู้จะซื้อจึงไม่ชำระราคาต่อไปตามงวดที่ตกลงกันได้ เช่นนี้เป็นกรณีที่ผู้ซื้อแสดงเจตนาไม่ประสงค์ปฏิบัติตามสัญญาต่อไป ผู้จะขายก็ไม่ว่าอะไรในเวลาอันควร ทั้งสี่เดือนต่อมาผู้จะขายยังโอนที่ดินหลุดแก่ผู้รับจำนองเสียอีก ถือได้ว่าเป็นการที่ผู้จะขายแสดงเจตนาสนองรับการเลิกสัญญาจะซื้อขายกันแล้ว, อ้างถึงใน เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 5, น. 13.

¹⁴² คำพิพากษาฎีกาที่ 136/2509 จำเลยทำสัญญาจะขายที่ดินให้บิดาโจทก์และได้รับเงินมัดจำไปแล้ว โดยตกลงกันว่าจะไปทำสัญญาซื้อขายกันที่อำเภอภายใน 120 วัน ถ้าจำเลยผิดสัญญา จำเลยยอมคืนเงินมัดจำและยอมให้ปรับด้วยนั้น การที่มีได้ปฏิบัติการซื้อขายภายในกำหนดเวลาดังกล่าวเพราะบิดาโจทก์อพยพย้ายภูมิลำเนาไปอยู่ที่อื่นโดยไม่ได้แจ้งให้จำเลยทราบทั้งไม่ได้มาขอปฏิบัติการชำระหนี้ภายในกำหนด ช้ายังปล่อยเวลาให้ล่วงพ้นไปเป็นเวลาถึง 6 ปีเศษนั้นตามพฤติการณ์ถือได้ว่าคู่สัญญาตกลงเลิกสัญญาจะซื้อขายโดยไม่ตั้งใจเรียกร้องอะไรแก่กันแล้วจำเลยจึงมีสิทธิที่จะรับเงินมัดจำและไม่ต้องเสียเบี้ยปรับให้โจทก์ด้วย (ประชุมใหญ่ครั้งที่ 22/2508)

¹⁴³ คำพิพากษาฎีกาที่ 55/2526 ศาลฎีกาฟังข้อเท็จจริงว่า เมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม 2522 โจทก์จำเลยได้ทำสัญญามัดจำตามเอกสารหมายเลข 1 ความว่าโจทก์ตกลงซื้อที่ดินตามฟ้องจากจำเลยในราคา 15,000 บาท โจทก์วางเงินมัดจำให้จำเลย 10,000 บาทในวันนั้น กำหนดโอนให้สำเร็จภายในกำหนด 3 เดือนนับแต่วันทำสัญญา แต่จะกำหนดวันเดือนใดคู่สัญญาต้องบอกกล่าวความตกลงเห็นพร้อมกัน ถ้าโจทก์ผิดนัด จำเลยจะรับเงินมัดจำ ถ้าจำเลยผิดนัดยอมให้โจทก์เรียกค่าเสียหายอีกโสดหนึ่งเป็นเงิน 20,000 บาท ครั้นครบกำหนดตามสัญญาแล้ว ไม่ปรากฏว่าได้มีการโอนกันตามสัญญา ต่อมาวันที่ 4 มีนาคม 2523 โจทก์ขอให้ทางอำเภอเปรียบเทียบ แต่ไม่อาจตกลงกันได้ เดิมโจทก์จำเลยได้ทำสัญญามัดจำจะซื้อขายที่ดินแปลงนี้มาแล้ว กำหนดโอนภายใน 6 เดือน ตามเอกสารหมายเลข 1 เมื่อครบกำหนดตามสัญญาแล้ว ปรากฏว่าได้มีการโอนต่อกัน โจทก์จำเลยจึงเลิกสัญญาเดิม ยกเงินมัดจำมาทำสัญญาใหม่ ตามเอกสารหมายเลข 1 และวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายว่า คู่ความต่างนำเสนอว่าเมื่อครบกำหนด 3 เดือนตามสัญญาแล้วอีกฝ่ายเป็นผู้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ แต่ในระหว่าง

กำหนดเวลา 3 เดือน ตามเอกสารหมายเลข 1 นั้น ไม่ปรากฏว่าโจทก์จำเลยได้กำหนดวันเดือนใดที่จะปฏิบัติการชำระหนี้ต่อกันโดยบอกกล่าวความตกลงเห็นพร้อมกัน กล่าวคือ โจทก์ไม่ได้ขอชำระหนี้ที่ค้างและให้จำเลยโอนที่ดินให้ จำเลยก็ไม่ได้บอกกล่าวให้โจทก์ชำระหนี้ เมื่อตามสัญญาข้อ 2 ระบุว่า คู่สัญญาตกลงกัน จะทำพิธีโอนภายในกำหนด 3 เดือนนับแต่วันทำสัญญาแต่จะกำหนดวันเดือนใด คู่สัญญาต้องบอกกล่าวความตกลงเห็นพร้อมกัน จนกำหนดเวลาตามสัญญาสิ้นสุดลงฝ่ายใดจะอ้างว่า อีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ผิดสัญญาหาได้ไม่ แสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาไม่นำพาที่จะปฏิบัติตามสัญญา และเป็นที่เห็นได้ว่าคู่กรณีได้ปล่อยให้ระยะเวลาล่วงเลยมาโดยมิได้จัดการอย่างหนึ่งอย่างใด จนเมื่อวันที่ 4 มีนาคม 2523 จึงได้ขอให้ทางอำเภอเปรียบเทียบแต่ก็ไม่อาจตกลงกันได้ จากนั้นก็มีฝ่ายใดเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญา พฤติการณ์ของคู่กรณีแสดงให้เห็นว่า ต่างฝ่ายต่างสมัครใจเลิกสัญญากันโดยปริยายแล้ว ดังนั้นโจทก์จำเลยต่างต้องคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 จำเลยจึงต้องคืนเงินมัดจำแก่โจทก์ พร้อมด้วยดอกเบี้ยนับตั้งแต่เวลาที่ได้รับไว้และโจทก์ไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายและค่าปรับจากจำเลย ส่วนที่จำเลยฎีกาว่า ได้รับเงินมัดจำจากโจทก์ไว้เพียง 7,000 บาท เมื่อครั้งทำสัญญาเดิม ตามเอกสารหมายเลข 1 และตามสัญญาใหม่ตามเอกสารหมายเลข 1 จำเลยไม่ได้รับเงินมัดจำอีกเลยนั้น เห็นว่าคู่ความต่างตกลงทำสัญญาใหม่โดยมีข้อความตามสัญญาเดิมและยกเงินมัดจำจำนวน 10,000 บาท มาลงไว้ในสัญญาใหม่แล้ว ต้องถือว่าจำเลยได้รับเงินมัดจำแล้วตามสัญญาใหม่เอกสารหมายเลข 1 เมื่อปรากฏตามคำให้การของจำเลยชัดเจนว่า จำเลยได้รับเงินมัดจำจำนวน 10,000 บาท ไว้แล้วจำเลยจะนำสืบเป็นอย่างอื่นหาได้ไม่

¹⁴⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 137/2528 2528 ฎ.55 โจทก์ได้ทำสัญญาโอนสิทธิการเช่ากับจำเลยโดยมีค่าตอบแทน หากฝ่ายใดผิดสัญญาต้องชดเชยค่าเสียหายจำนวนหนึ่ง ต่อมาโจทก์ไม่สามารถโอนสิทธิการเช่าตึกแถวให้จำเลยภายในกำหนดตามบันทึกข้อตกลงการโอนสิทธิการเช่าจึงเป็นฝ่ายผิดสัญญา ต่อมาจำเลยได้จัดการให้บริษัทห้างเซ็นทรัลพัฒนาเทรดดิ้ง จำกัด เข้าซื้อที่ดินพร้อมตึกแถวที่โจทก์ไม่สามารถโอนสิทธิการเช่าให้จำเลยได้เป็นกรรมสิทธิ์เสียเอง แสดงว่าฝ่ายจำเลยมิได้ใส่ใจที่จะเรียกร้องให้โจทก์ชำระหนี้ตามบันทึกข้อตกลงดังกล่าวไม่ว่าด้วยการโอนสิทธิการเช่าหรือชำระค่าเสียหาย ส่วนทางโจทก์เมื่อไม่สามารถโอนสิทธิการเช่าได้และถูกบอกเลิกสัญญาเช่าแล้วก็เจ็บหายไปมิได้ติดต่อกับจำเลยอีก ภายหลังโจทก์ได้ยกข้อเท็จจริงมาฟ้องเป็นคดีนี้ พฤติการณ์ที่เป็นดังนี้ถือได้ว่าเป็นบันทึกข้อตกลงการโอนสิทธิการเช่าเป็นอันยกเลิกโดยปริยาย โจทก์จะอาศัยสิทธิตามบันทึกข้อตกลงดังกล่าวมาเป็นมูลฟ้องจำเลยหาได้ไม่

อย่างไรก็ตาม ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาฎีกาที่ 8188/2554 ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาดังกล่าว แม้คู่กรณีจะมีได้ติดต่อทวงถามให้ปฏิบัติตามสัญญาต่อกันเป็นช่วงระยะเวลาหนึ่งก็ตาม แต่คู่สัญญาก็ได้มีการคืนมัดจำต่อกัน อีกทั้งผู้จะ

¹⁴⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 4765/2549 โจทก์จำเลยตกลงจะซื้อขายที่ดินต่อกัน ข้อสัญญาระบุว่าโจทก์ผู้จะซื้อต้องชำระเงินสองงวด ภายในเดือนมกราคม 2540 และมีนาคม 2540 ส่วนจำเลยผู้จะขายจะจัดการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินเมื่อได้ดำเนินการรังวัดแบ่งแยกโฉนดที่ดินเสร็จเรียบร้อยแล้วและการชำระราคาที่ดินงวดสุดท้าย แสดงว่าต้องมีการรังวัดแบ่งแยกที่ดินอีกครั้งซึ่งไม่แน่นอนว่าจะเสร็จสิ้นเมื่อใด อีกทั้งกำหนดเวลาจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินจึงไม่เป็นที่ทราบแน่ชัดต่อมาโจทก์ชำระค่าที่ดินงวดเดือนมกราคมล่าช้าแต่จำเลยก็ยินยอมรับไว้ แสดงว่าจำเลยมิได้ถือเอากำหนดเวลาชำระหนี้เป็นสาระสำคัญและไม่ถือว่าสัญญาจะซื้อขายที่ดินระหว่างโจทก์กับจำเลยสิ้นสุดลงทันทีตามสัญญาโจทก์จึงไม่ผิดสัญญา ภายหลังจากล่วงเลยกำหนดชำระค่าที่ดินส่วนที่เหลืองวดสุดท้าย จำเลยทำหนังสือมอบอำนาจให้โจทก์ไปติดต่อชำระเงินและรับโอนที่ดินจากเจ้าของเดิมได้โดยตรง แต่โจทก์ไม่สามารถตกลงกับเจ้าของเดิมได้ จำเลยมิได้ทวงถามให้โจทก์ชำระค่าที่ดินที่เหลือในงวดสุดท้าย ส่วนโจทก์ก็ได้ดำเนินการใด ๆ ที่จะให้จำเลยโอนที่ดินตามฟ้องให้ กลับร้องดำเนินคดีอาญาซึ่งกันและกัน เป็นข้อแสดงว่าทั้งสองฝ่ายไม่ประสงค์จะบังคับตามสัญญาจะซื้อขายที่ดินกันอีกต่อไป ถือได้ว่าโจทก์และจำเลยต่างสมัคใจเลิกสัญญาจะซื้อขายดังกล่าวกันโดยปริยาย คู่กรณีต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมตาม ป.พ.พ. มาตรา 391 วรรคหนึ่ง จำเลยต้องคืนเงินที่รับไปจากโจทก์พร้อมดอกเบี้ย

¹⁴⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 8188/2554 เล่ม 6 หน้า 191 (สำนักงานศาลยุติธรรม) วินิจฉัยว่า เมื่อกำหนดวันนัดโอนกรรมสิทธิ์ตามที่ระบุในสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างตรงกับวันอาทิตย์ที่ 18 กรกฎาคม 2547 คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจึงไม่อาจดำเนินการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ได้ และในวันจันทร์ที่ 19 กรกฎาคม 2547 คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างไม่ได้ไปที่สำนักงานที่ดินเพื่อดำเนินการดังกล่าวเช่นกัน จึงยังถือไม่ได้ว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายผิดสัญญา และสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาต่างตอบแทน โดยโจทก์ผู้จะซื้อจะมีหน้าที่ต้องชำระราคาให้แก่จำเลยผู้จะขาย ส่วนจำเลยผู้จะขายมีหน้าที่ต้องจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างให้แก่โจทก์ผู้ซื้อ เมื่อไม่ปรากฏว่าภายหลังจากวันดังกล่าวคู่สัญญาแต่ละฝ่ายได้มีการเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญาต่อกัน จึงถือว่าคู่สัญญาตกลงเลิกสัญญากันโดยปริยาย และเมื่อสัญญาเป็นอันเลิกกัน คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมตาม ป.พ.พ. มาตรา 391 จำเลยจึงต้องคืนเงินมัดจำที่รับไว้แก่โจทก์, อ้างถึงใน ศนันท์กรณ โสคติพันธุ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7

ซื้อก็ไม่ได้มีการขอให้ผู้ขายคืนมัดจำแต่ประการใด ด้วยเหตุนี้อาจทำให้เข้าใจได้ว่าคู่สัญญาอาจมิได้มีเจตนาที่จะเลิกสัญญาต่อกันก็ได้ เนื่องจากเงินมัดจำถือเป็นหลักประกันที่แสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาจะมีการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปในอนาคต

3.6.4.2 กรณีที่คู่สัญญามีสิทธิเลิกสัญญาตามกฎหมาย แต่ใช้สิทธิเลิกสัญญา

โดยมิได้บอกกล่าวกำหนดเวลาพอสมควร

คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาโดยชอบ แต่กลับใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยมิได้บอกกล่าวล่วงหน้าให้อีกฝ่ายชำระหนี้ภายในระยะเวลาอันพอสมควรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 387 ถือเป็นการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีผลทำให้สัญญาเลิกกัน แต่อีกฝ่ายหนึ่งกลับมิได้โต้แย้งคัดค้านจนล่วงพ้นระยะเวลาหนึ่ง คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกใช้สิทธิเลิกสัญญามีขอบจะฟ้องร้องบังคับตามสัญญาในภายหลังอีกมิได้ ถือได้ว่าคู่สัญญาสมัครใจเลิกสัญญาโดยปริยายได้ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 4363/2528 ผู้จะขายบอกเลิกสัญญาโดยมิได้บอกกล่าวกำหนดเวลาพอสมควรถือว่าบอกเลิกสัญญาโดยมิชอบ แต่เมื่อผู้จะซื้ออีกฝ่ายมิได้โต้แย้งคัดค้านการเลิกสัญญาในขณะนั้นและปล่อยให้เวลาล่วงเลยมา 5 ปี พฤติการณ์ดังกล่าวถือว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่างสมัครใจเลิกสัญญาต่อกันโดยปริยาย ผู้จะซื้อจะบังคับให้ผู้จะขายปฏิบัติตามสัญญาอีกไม่ได้¹⁴⁷ เป็นต้น

นอกจากนี้การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญาโดยมิชอบหรือใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยไม่มีสิทธิ แต่อีกฝ่ายหนึ่งมีการกระทำอันอาจสันนิษฐานได้ว่ายินยอมเลิกสัญญาอีกฝ่าย ถือได้ว่าคู่สัญญาสมัครใจเลิกสัญญาโดยปริยายได้เช่นกัน เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1950/2515 คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกบอกเลิกสัญญาโดยมิชอบนำคดีมาฟ้องเรียกมัดจำคืนและเรียกค่าเสียหาย¹⁴⁸, คำพิพากษาฎีกาที่

¹⁴⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 4363/2528 การที่จำเลยตกลงขายที่ดินพิพาทให้แก่โจทก์ โจทก์ตกลงซื้อโดยจะติดต่อกู้และเอาที่ดินดังกล่าวจำนองไว้กับธนาคารเพื่อนำเงินมาซื้อที่ดินตามบันทึกข้อตกลงแม้บันทึกดังกล่าวถือเป็นสัญญาจะซื้อขายที่ดินพิพาท แต่เมื่อธนาคารได้ปฏิเสธไม่ยอมให้โจทก์กู้เงินมาซื้อที่ดินพิพาท และต่อมาจำเลยผู้ขายได้บอกเลิกสัญญาโดยมิได้บอกกล่าวให้โจทก์ผู้ซื้อชำระหนี้ภายในระยะเวลาพอสมควรตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387 ถือเป็นการบอกเลิกสัญญาโดยมิชอบ แต่โจทก์ก็มีโต้แย้งการบอกเลิกสัญญาในขณะนั้น กลับเพิกเฉยปล่อยให้เวลาล่วงเลยมาเป็นเวลานานถึง 5 ปี พฤติการณ์ดังกล่าวพอถือว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่างสมัครใจเลิกสัญญาต่อกันโดยปริยาย โจทก์จะขอให้บังคับจำเลยโอนขายที่ดินพิพาทตามสัญญาในภายหลังอีกไม่ได้, อ้างถึงใน จิตติ ดิงศรัทีย, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 40, น. 178.

¹⁴⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1950/2515 โจทก์ไม่ผิดสัญญา แต่จำเลยอ้างว่าโจทก์ผิดสัญญาและบอกเลิกสัญญากับบริษัทยักษ์ โจทก์มาฟ้องเรียกมัดจำคืนกับเรียกค่าเสียหาย ถือว่าโจทก์ยินยอม

633/2528 โจทก์ซื้อรถยนต์จากจำเลย จำเลยยังมีได้ส่งมอบ ต่อมาโจทก์มอบให้ทนายความมีหนังสือบอกเลิกสัญญาไปยังจำเลยแทนที่จำเลยจะเสนอขอส่งมอบรถยนต์ให้แก่โจทก์ จำเลยกลับขายรถยนต์คันดังกล่าวให้แก่ผู้อื่นไป พฤติการณ์เช่นนี้แสดงให้เห็นเจตนาของคู่กรณีว่าสมควรใจที่จะเลิกสัญญาต่อกันโดยปริยาย โจทก์จำเลยต้องคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม¹⁴⁹ นอกจากนี้ คำพิพากษาฎีกาที่ 3671/2531 จำเลยทำสัญญาจ้างโจทก์ตัดไม้และแผ้วถางป่าเพื่อสร้างเขื่อนโดยตกลงให้โจทก์มีสิทธิซื้อไม้ที่โจทก์ตัดฟันได้ในราคาถูก แต่มีเหตุที่โจทก์ฟันต้นไม้และแผ้วถางป่าไม่เสร็จภายในกำหนดตามสัญญาทำไม้และแผ้วถางป่า เพราะจำเลยได้ให้อนุญาตล่าช้า นอกจากนั้นกองทัพอากาศที่ 2 ยังมีคำสั่งปิดป่าในบริเวณพื้นที่ตามสัญญาด้วย โจทก์เข้าตัดไม้และแผ้วถางป่าไม่ได้แสดงว่าโจทก์มิได้ผิดสัญญา จำเลยไม่มีสิทธิเลิกสัญญา แต่โจทก์มิได้ขอให้สัญญาต่อไป ดังนั้นตามพฤติการณ์แสดงให้เห็นเจตนาของคู่กรณีว่าสมควรใจที่จะเลิกสัญญาต่อกันโดยปริยาย¹⁵⁰

เลิกสัญญากับจำเลยแล้วต้องคืนมัดจำตามมาตรา 39, อ้างถึงใน จิตติ ดิงศภัทัย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 40, น. 176.

¹⁴⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 633/2528 2528 ฎ.317 โจทก์จำเลยทำสัญญาซื้อขายรถยนต์ระหว่างที่จำเลยยังไม่ได้ส่งมอบรถยนต์ โจทก์มอบหมายให้ทนายความมีหนังสือบอกเลิกสัญญาถึงจำเลย แต่ศาลฎีกาเห็นว่าโจทก์บอกเลิกสัญญาไปยังจำเลยที่ 1 โดยมีได้บอกกล่าวกำหนดเวลาพอสมควรเพื่อให้จำเลยที่ 1 ปฏิบัติชำระหนี้อันจะเป็นเหตุทำให้มีสิทธิบอกเลิกสัญญาโดยชอบได้ แต่แทนที่จำเลยที่ 1 จะขอส่งมอบรถยนต์ให้แก่โจทก์ จำเลยที่ 1 กลับขายรถยนต์คันดังกล่าวให้แก่ผู้อื่นไป พฤติการณ์เช่นที่กล่าวมานี้แสดงให้เห็นเจตนาของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่างสมควรใจที่จะเลิกสัญญาต่อกันโดยปริยายสัญญาซื้อขายรถยนต์จึงไม่มีผลผูกพันต่อโจทก์โจทก์และจำเลยที่ 1 ต่างต้องคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมตามมาตรา 391 และให้จำเลยที่ 1 คืนเงินมัดจำแก่โจทก์

¹⁵⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 3671/2531 2531 ฎ. 2554 วินิจฉัยว่า “จำเลยทำสัญญาจ้างโจทก์ตัดไม้และแผ้วถางป่าเพื่อสร้างเขื่อนโดยตกลงให้โจทก์มีสิทธิซื้อไม้ที่โจทก์ตัดฟันได้ในราคาถูก ต่อมาโจทก์จำเลยสมควรใจเลิกสัญญา ดังนั้น คู่สัญญาต้องกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมเสมือนว่ามีมิได้มีสัญญาต่อกันเลยโจทก์จึงไม่มีสิทธิที่จะได้ไม้ที่ทำไว้ก่อนเลิกสัญญา ส่วนการงานที่โจทก์ได้กระทำให้จำเลยไปแล้วเมื่อสัญญาได้มีข้อกำหนดให้ใช้เงินตอบแทนกันเพียงใด ศาลมีอำนาจกำหนดให้ตามสมควรของค่าแห่งการงานนั้น”

3.6.4.3 กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีคำเสนอขอเลิกสัญญา และอีกฝ่ายมีการกระทำที่สันนิษฐานได้ว่าเป็นการสนองรับการเลิกสัญญา

การใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาที่ไม่มีสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายย่อมไม่มีผลทำให้สัญญาระงับสิ้นลง แต่สัญญายังคงมีผลผูกพันต่อคู่สัญญาเช่นเดิม นอกจากนี้ผู้ที่เลิกสัญญาโดยมิชอบอาจตกเป็นผู้ผิดสัญญาเสียเองและก่อให้เกิดสิทธิเลิกสัญญาแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายแทน อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยมิชอบด้วยกฎหมายอาจเข้าลักษณะทางกฎหมายที่เรียกว่า “คำเสนอขอเลิกสัญญา” ซึ่งคู่สัญญาอีกฝ่ายอาจสนองรับไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายและเกิดเป็นสัญญาฉบับใหม่เพื่อระงับนิติสัมพันธ์ตามสัญญาเดิมได้¹⁵¹ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 3090/2552¹⁵² จำเลยผู้เช่ามีจดหมายแจ้งโจทก์ผู้ให้เช่าทราบว่าจะไม่เช่าพื้นที่ทั้งหมดและจะย้ายออกก่อนที่จะครบกำหนดเวลาเช่าและจะดำเนินการซ่อมแซมพื้นที่เช่าเพื่อส่งมอบคืน ผู้ให้เช่าทราบแล้วไม่ได้แย้งคัดค้านถือว่าคู่สัญญาสมัครใจเลิกสัญญาเช่าก่อนกำหนดระยะเวลาตามสัญญา และ คำพิพากษาฎีกาที่ 3092/2529 โจทก์จำเลยทำสัญญาเช่าห้องพิพาทมีกำหนด 15 ปี โดยโจทก์ตกลงชำระค่าก่อสร้างเพื่อตอบแทนการ

¹⁵¹ ศนันท์กรณ โสติพันธ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 489.

¹⁵² คำพิพากษาฎีกาที่ 3090/2552 วินิจฉัยว่า ป.พ.พ. มาตรา 386 “ให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิบอกเลิกสัญญาตามข้อสัญญาหรือตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ นอกจากนี้คู่สัญญาอาจตกลงเลิกสัญญากันเองภายหลังทำสัญญาก็ได้ ซึ่งอาจตกลงเลิกสัญญากันโดยชัดแจ้งหรือถือว่าสัญญาเลิกกันโดยปริยายก็ได้ และการบอกเลิกสัญญาโดยปริยายไม่มีกฎหมายบังคับไว้ว่าจะต้องบอกเลิกสัญญาเป็นหนังสือ แต่ต้องทำโดยแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง แม้ตามสัญญาเช่าระหว่างโจทก์กับจำเลยจะให้โจทก์เป็นผู้มีสิทธิบอกเลิกสัญญาเพียงฝ่ายเดียว โดยจำเลยไม่สามารถบอกเลิกสัญญาก่อนครบกำหนดสัญญาก็ตาม แต่การที่ ๘. ผู้รับมอบอำนาจโจทก์เบิกความตอบทนายจำเลยถามค้านว่าจำเลยเคยแจ้งให้โจทก์ทราบทางจดหมายว่าจะไม่เช่าพื้นที่ทั้งหมดและจะย้ายออกตั้งแต่เดือนพฤศจิกายน 2539 โจทก์ทราบว่าจำเลยได้ขนย้ายทรัพย์สินพร้อมบริวารออกสถานที่เช่า ทั้งจำเลยซ่อมแซมพื้นที่เช่าไปด้วย โจทก์ไม่ได้โต้แย้ง โจทก์ไม่ได้ให้บริการแก่จำเลยตั้งแต่เดือนธันวาคม 2540 และจำเลยมีหนังสือถึงโจทก์เพื่อคืนกุญแจห้องและสถานที่จอดรถตั้งแต่เดือนธันวาคม 2539 ในเดือนพฤศจิกายน 2540 จำเลยว่าจ้างบริษัท ท. มาปรับปรุงอาคารที่เช่าเพื่อส่งมอบคืนแก่โจทก์ โจทก์ตอบกลับว่างานที่ปรับปรุงยังมีความบกพร่องต้องแก้ไข ทั้งโจทก์คืนเงินมัดจำค่าโทรศัพท์ให้จำเลย 2 ครั้ง ดังนั้นเมื่อจำเลยทำคำเสนอแสดงเจตนาขอเลิกสัญญาเช่ากับโจทก์และโจทก์ทำคำสนองรับด้วยพฤติการณ์ดังกล่าวแสดงให้เห็นเจตนาของโจทก์จำเลยต่างสมัครใจที่จะเลิกสัญญาเช่าและสัญญาให้บริการต่อกันโดยปริยายแล้ว”

ที่จำเลยยอมให้เช่าเป็นเงินจำนวนหนึ่ง ต่อมาจำเลยมีหนังสือบอกเลิกสัญญาโดยที่โจทก์มิได้เป็นฝ่ายผิดสัญญา การบอกเลิกสัญญาย่อมไม่มีผลในทางกฎหมาย แต่ภายหลังโจทก์นำเช็คไปขึ้นแล้วแต่ขึ้นเงินไม่ได้เพราะเช็คขาดอายุความย่อมถือว่าแสดงว่าโจทก์ตกลงเลิกสัญญากับจำเลยและยินดีรับเงินค่าก่อสร้างที่จำเลยคืนให้แล้ว สัญญาเช่าย่อมเป็นอันระงับ และเมื่อสัญญาดังกล่าวมิได้ให้สิทธิจำเลยในฐานะผู้ให้เช่ารับเงินค่าก่อสร้างที่จำเลยชำระให้โจทก์ จำเลยจึงต้องชำระเงินดังกล่าวที่ค้างอยู่ให้แก่โจทก์¹⁵³

อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงในคำพิพากษาฎีกาที่ 1950/2515 ดังกล่าวมีความคล้ายคลึงกับข้อเท็จจริงตามข่าวในหน้าหนังสือพิมพ์กรณีที่โรงพยาบาลกรุงเทพยกเลิกสัญญารักษาพยาบาลตลอดชีพ ที่มีชื่อว่าโครงการไลฟ์พริวิเลจคลับ (Life Privilege Club) ที่ให้สิทธิรักษาฟรีตลอดชีพ และโรงพยาบาลจะคืนเงินค่าสมัครสมาชิกที่คู่สัญญาได้ชำระให้แก่โรงพยาบาลทั้งหมด ซึ่งเงินที่คืนเป็นเงินค่าสมัครสมาชิกตามสัญญาที่มีมูลค่ามากกว่า 1 ล้านบาท โดยอ้างเหตุผลว่าสัญญาดังกล่าวเข้าข่ายสัญญาประกันชีวิตซึ่งโรงพยาบาลไม่มีใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิตทำให้ไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้ เป็นเหตุให้สมาชิกบางคนหลงเชื่อและยอมรับเงินคืนพร้อมดอกเบี้ย

¹⁵³ คำพิพากษาฎีกาที่ 3092/2529 โจทก์ทำสัญญาเช่าห้องพิพาทจากจำเลย โดยที่โจทก์ยอมชำระเงินค่าก่อสร้างให้จำเลยเป็นการตอบแทนที่จำเลยยอมให้เช่าห้องพิพาท ต่อมาจำเลยมีหนังสือบอกเลิกการเช่าโดยออกเช็คและตัวแลกเงินเป็นจำนวนเงินเท่ากับค่าก่อสร้างคืนแก่โจทก์ ข้อเท็จจริงแสดงว่าจำเลยประสงค์แต่จะเลิกสัญญากับโจทก์เท่านั้นโดยไม่ถือว่าโจทก์ผิดสัญญาจึงได้ยอมคืนเงินค่าก่อสร้างแก่โจทก์ทั้งหมด แต่โจทก์ได้ส่งเช็คและตัวแลกเงินคืนให้จำเลย จำเลยจึงมีหนังสือยืนยันการบอกเลิกสัญญาและส่งเช็คกับตัวแลกเงินคืนให้โจทก์อีก แม้ต่อมาโจทก์จะยอมรับไว้ก็ตามแต่โจทก์ก็มิได้นำไปขึ้นเงินจึงเป็นการบอกเลิกสัญญาของจำเลยแต่ฝ่ายเดียวไม่มีผลทางกฎหมายแต่อย่างใด อีกทั้งโจทก์ดำเนินการฟ้องขับไล่ผู้เช่าช่วงออกจากห้องพิพาทยอมถือได้ว่าโจทก์ใช้สิทธิตามสัญญาเช่าห้องพิพาทอันเป็นการยืนยันว่าโจทก์ไม่ยอมรับการบอกเลิกสัญญาจากจำเลย ภายหลังเมื่อศาลฎีกาพิพากษาให้โจทก์แพ้คดี โจทก์จึงนำตัวแลกเงินและเช็ค 2 ฉบับขึ้นเงินแต่ขึ้นเงินตามเช็คไม่ได้ เพราะเช็คขาดอายุความนั้นแสดงว่าโจทก์ตกลงเลิกสัญญากับจำเลยแล้ว และยินดีรับเงินค่าก่อสร้างที่จำเลยคืนให้ซึ่งเป็นการใช้สิทธิในฐานะผู้เช่าโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่เป็นการใช้สิทธิไม่สุจริตแต่อย่างใด เมื่อโจทก์ยอมเลิกสัญญากับจำเลยแล้ว สัญญาเช่าก็เป็นอันระงับ และเมื่อสัญญาดังกล่าวมิได้ให้สิทธิจำเลยในฐานะผู้ให้เช่ารับเงินค่าก่อสร้างที่จำเลยชำระให้โจทก์ จำเลยจึงต้องชำระเงินดังกล่าวที่ค้างอยู่ให้แก่โจทก์, อ้างถึงใน จิตติ ดิงศภัทย์, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* 40, น. 198.

ร้อยละสิบ¹⁵⁴ โดยศาลแพ่งในคดีหมายเลขดำที่ ผบ.928-929/2560, ผบ.939-940/2560 และ ผบ.2504-2505/2560 วินิจฉัยว่าจำเลยไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาเพราะไม่เข้าข่ายธุรกิจประกันภัย และพิพากษาให้จำเลยดำเนินโครงการนี้ต่อไปตามสัญญา รวมทั้งพิพากษาให้จำเลยชำระเงินค่ารักษาพยาบาลคืนให้แก่โจทก์และชดเชยค่าเสียหายความและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีแทนโจทก์ด้วย นอกจากนี้ยังมีสมาชิกที่ได้รับผลกระทบอีกหลายคนกำลังเป็นโจทก์ยื่นฟ้องคดีในกรณีเดียวกันนี้ต่อศาลแพ่งอีกด้วย¹⁵⁵ อาจกล่าวได้ว่าผลของคำพิพากษาศาลแพ่งดังกล่าวทำให้เข้าใจว่ากรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งขอเลิกสัญญาและคืนเงินเป็นการเลิกสัญญาโดยไม่มีสิทธิและไม่มีผลทำให้สัญญาระงับสิ้นหรือเลิกไปโดยปริยาย แม้ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายจะยอมรับการคืนเงินตามสัญญาก็ตาม ซึ่งยังมีความไม่สอดคล้องกับแนวคำพิพากษาฎีกาเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยายที่กล่าวไปแล้วข้างต้น

3.6.4.4 กรณีที่ผู้ให้เข้าซื้อใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยมิชอบและเข้ายึดทรัพย์ที่เข้าซื้อคืน แต่ผู้เข้าซื้อมิได้โต้แย้งคัดค้าน

กรณีสัญญาเข้าซื้อที่ฝ่ายผู้เข้าซื้อผิดนัดไม่ชำระค่าเข้าซื้อเป็นเหตุให้ผู้เข้าซื้อเข้าครอบครองทรัพย์ที่เข้าซื้อ อาทิ รถยนต์ คืบจากผู้เข้าซื้อโดยมิได้ใช้สิทธิสัญญาหรือใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย แต่ผู้เข้าซื้อก็มีได้โต้แย้งหรือคัดค้านการเข้าครอบครองทรัพย์นั้น เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 615/2531 สัญญาเข้าซื้อระบุว่า ถ้าผู้เข้าซื้อผิดนัดค้างชำระค่าเข้าซื้อสองงวดติดต่อกัน หรือผิดนัดค้างชำระค่าเข้าซื้อตั้งแต่สองงวดขึ้นไป ให้สัญญาเข้าซื้อเป็นอันยกเลิกเพิกถอนทันทีโดยไม่ต้องบอกกล่าวให้ผู้เข้าซื้อทราบล่วงหน้า แต่การที่จำเลยค้างชำระค่าเข้าซื้อ 2 งวดติดต่อกันแล้ว โจทก์ยังยอมรับชำระค่าเข้าซื้อที่ค้างชำระโดยมิได้ทักท้วง ย่อมแสดงว่าในทางปฏิบัติโจทก์จำเลยมิได้ถือเอากำหนดเวลาชำระค่าเข้าซื้อเป็นสาระสำคัญต่อไป เมื่อจำเลยมิได้ชำระค่าเข้าซื้อตามกำหนดเวลาในสัญญาจะถือว่าจำเลยผิดนัดและสัญญาเข้าซื้อยกเลิกเพิกถอนไปไม่ได้หากโจทก์ประสงค์จะเลิกสัญญา โจทก์จะต้องบอกกล่าวให้จำเลยชำระค่าเข้าซื้อภายในกำหนดเวลาที่สมควร

¹⁵⁴ แก้วสรร อดิโพธิ์, “จุดจบของโครงการ Privilege Card... “ล้านบาท..รักษาทุกโรค”,” สืบค้นเมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม 2561, จาก <https://www.isranews.org/component/content/article/59-isranews/isranews-article/53825-b451745.html/>, และดู “สมาชิกไลฟ์พริวิเลจ รพ.กรุงเทพ ร้อง “สคบ.-ก.ล.ต.” ขอความเป็นธรรมและตรวจสอบธรรมาภิบาล หลังถูกดัดสิทธิรักษาตลอดชีพ ชี้การบอกเลิกสัญญาเข้าข่ายฉ้อโกง,” สืบค้นเมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม 2561, จาก <https://thaipublica.org/2017/02/life-privilege-club-bdms-8-2-2560/>

¹⁵⁵ “ศาลสั่งรพ.กรุงเทพคืนสิทธิรักษาสมาชิกไลฟ์พริวิเลจ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม 2561, จาก <http://www.bangkokbiznews.com/news/detail/784852/>

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387 เสียก่อน การที่โจทก์ยึดรถคันเช่าซื้อคืนเพราะเหตุที่จำเลยไม่ชำระค่าเช่าซื้องวดต่อมา และจำเลยยินยอมให้ยึดโดยไม่ได้โต้แย้งถือว่าโจทก์จำเลยต่างสมควรใจที่จะเลิกสัญญากันโดยปริยายนับแต่วันที่โจทก์ยึดรถคันเช่าซื้อคืน คู่สัญญาจำต้องให้อีก



ฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม และคำพิพากษาฎีกาที่ 6034/2533¹⁵⁶, 988/2536¹⁵⁷, 4938/2538¹⁵⁸, 4211/2539¹⁵⁹ และ 3745/2551¹⁶⁰ วินิจฉัยทำนองเดียวกัน

¹⁵⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 6034/2533 ตามสัญญาเช่าซื้อระบุว่า ถ้าผู้เช่าซื้อผิดนัดชำระค่าเช่าซื้องวดหนึ่งงวดใดโดยมิต้องบอกกล่าวให้ถือว่าสัญญานี้เป็นอันเลิกกัน"แต่ปรากฏว่าในการชำระค่าเช่าซื้อ 9 งวดที่ผ่านมาแม้จำเลยจะชำระไม่ตรงตามกำหนดเวลาโจทก์ผู้ให้เช่าซื้อก็ยอมรับชำระพฤติการณ์จึงแสดงว่าโจทก์และจำเลยไม่ถือเอากำหนดเวลาชำระค่าเช่าซื้อตามสัญญาเป็นสำคัญ ดังนั้น หากโจทก์จะเลิกสัญญาจะต้องบอกกล่าวให้จำเลยชำระค่าเช่าซื้อเสียก่อนตาม ป.พ.พ. มาตรา 387 แต่เมื่อจำเลยไม่ชำระค่าเช่าซื้อตามกำหนดและโจทก์ไปยึดรถยนต์ที่เช่าซื้อคืนจำเลยไม่ได้แย้ง ถือได้ว่าโจทก์กับจำเลยต่างสมครใจเลิกสัญญาเช่าซื้อต่อกันแล้วนับแต่วันที่โจทก์ยึดรถยนต์ที่เช่าซื้อคืน

¹⁵⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 988/2536 2536 ฎ.1038 วินิจฉัยว่า “คดีมีปัญหาว่าโจทก์มีสิทธิได้รับค่าเสียหายหรือไม่เพียงใด จำเลยที่ 3 ฎีกาว่า โจทก์บรรยายฟ้องเรียกค่าเสียหายเฉพาะค่าขาดประโยชน์ในการใช้รถยนต์ทั้ง 4 คัน ไม่ได้บรรยายฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการที่รถยนต์เสื่อมราคาตามที่ศาลอุทธรณ์กำหนดให้ นั้น เห็นว่า พิจารณาคำฟ้องข้อ 4 ของโจทก์แล้วโจทก์บรรยายฟ้องว่าได้รับความเสียหายจากการที่ขาดผลประโยชน์ในการใช้รถยนต์ โดยไม่บรรยายฟ้องว่าได้รับความเสียหายอย่างอื่นอีกแม้โจทก์อาจนำสืบรายละเอียดเกี่ยวกับความเสียหายได้ในชั้นพิจารณาแต่ศาลก็ไม่อาจพิพากษาเกินไปกว่าที่ปรากฏในคำฟ้องโจทก์ได้โจทก์มุ่งประสงค์เรียกค่าเสียหายเฉพาะค่าขาดผลประโยชน์ในการใช้รถยนต์ ที่ศาลอุทธรณ์พิพากษาให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายจากการที่รถยนต์เสื่อมราคาเพราะเหตุที่จำเลยที่ 1 ผิดนัด ศาลฎีกาไม่เห็นพ้องด้วย จำเลยฎีกาต่อไปว่าโจทก์นำสืบไม่ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหายเพียงใด เห็นว่า จำเลยที่ 1 ผิดนัดชำระเงินตามสัญญา โจทก์จึงใช้สิทธิเข้ายึดรถยนต์ทั้ง 4 คันคืนตามข้อ 6 ของสัญญาซื้อขาย โดยที่ยังไม่ได้มีการบอกเลิกสัญญาแต่อย่างใดแต่ข้อเท็จจริงได้ความว่าเมื่อโจทก์ยึดรถยนต์ทั้ง 4 คันมาแล้วได้ขายเหมารวมกันไปขาดทุน 1,000,000 บาทเศษ ซึ่งจำเลยที่ 1 ที่ 2 ไม่ได้นำสืบถึงพฤติการณ์ว่าได้มีการโต้แย้งคัดค้านในข้อที่โจทก์ยึดรถยนต์ทั้ง 4 คันไปแล้วนำไปขายในภายหลังแต่อย่างใดถือได้ว่า คู่สัญญาได้ตกลงเลิกสัญญากันโดยปริยายแล้ว กรณีต้องบังคับตามความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 วรรคแรกคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม โจทก์ได้ยึดรถยนต์ทั้ง 4 คันคืนไปแล้ว โจทก์ยังคงมีหน้าที่ต้องคืนราคารถยนต์ที่รับชำระไปแล้วจำนวน 866,050 บาท แก่จำเลยที่ 1 แต่การที่จำเลยที่ 1 ครอบครองรถยนต์ทั้ง 4 คันไว้ใช้ประโยชน์นับแต่วันทำสัญญาจนถึงวันที่โจทก์ยึดรถคืนไปถือว่า เป็นการที่โจทก์ยอมให้จำเลยที่ 1 ใช้ทรัพย์สินซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 วรรคสาม จำเลยที่ 1 ต้องชดใช้เงินตามควรค่าแห่งการนั้นแก่โจทก์ด้วยโดยถือเป็นค่าขาด

ผลประโยชน์ในการใช้รถยนต์ตามฟ็อง แล้ววินิจฉัยเกี่ยวกับค่าเสียหายซึ่งเรียกเป็นค่าเช่าคันละ 1,500 บาทถึง 2,000 บาทต่อวันว่า รถยนต์ทั้ง 4 คันไม่ใช่รถยนต์ขนาดใหญ่เป็นการไม่แน่ว่าโจทก์จะสามารถให้เช่าได้ทุกวัน อัตราค่าเช่าไม่ควรเกินคันละ 500 บาท ต่อวัน เมื่อพิจารณาประกอบกับระยะเวลาที่จำเลยที่ 1 ครอบครองรถยนต์ดังกล่าวมาแล้วกับราคาการรถยนต์ที่โจทก์ได้รับไปจากจำเลยที่ 1 โดยถือเป็นค่าใช้ทรัพย์สินส่วนหนึ่งจำนวน 866,050 บาทแล้ว ศาลฎีกาเห็นด้วยกับจำนวนค่าเสียหายที่ศาลอุทธรณ์กำหนด”

¹⁵⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4938/2538 แม้ตามสัญญาเช่าซื้อ ข้อ 8 ระบุว่าถ้าจำเลยที่ 1 ผิดนัดชำระค่าเช่าซื้องวดหนึ่งงวดโดยยอมให้ถือว่าสัญญานี้เลิกกันโดยโจทก์ก็ต้องบอกกล่าวก่อน และข้อ 10 ระบุว่าถ้าโจทก์ยอมผ่อนผันกรณีจำเลยที่ 1 ผิดนัดหรือผิดสัญญาครั้งใดอย่างใดไม่ให้ถือว่าเป็นการผ่อนผันการผิดนัดหรือผิดสัญญาครั้งอื่นก็ตาม แต่เมื่อจำเลยที่ 1 ชำระค่าเช่าซื้อเกินกำหนดเวลาเกือบถึง 1 ปี และครั้งสุดท้ายชำระไม่ครบจำนวนดังกล่าวโจทก์ก็ยินยอมรับไว้โดยมิพักท้วงพฤติการณ์แสดงว่าโจทก์และจำเลยที่ 1 ปฏิบัติต่อกันโดยมิได้ถือเอากำหนดเวลาชำระค่าเช่าซื้อรวมทั้งจำนวนเงินค่าเช่าซื้อแต่ละงวดตามสัญญาเช่าซื้อเป็นสาระสำคัญอีกต่อไป หากโจทก์ประสงค์จะเลิกสัญญาก็จะต้องบอกกล่าวให้จำเลยที่ 1 ชำระค่าเช่าซื้อตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 387 เสียก่อน หนังสือที่โจทก์แจ้งให้จำเลยทั้งสามชำระหนี้ค่าเสียหายที่เป็นค่าขาดประโยชน์และราคารถส่วนที่ขายไปยังขาดภายใน 7 วันตามข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อเป็นเพียงหนังสือทวงถามให้จำเลยทั้งสามชำระค่าเสียหายดังกล่าวเท่านั้นถือไม่ได้ว่าเป็นหนังสือบอกเลิกสัญญา การที่โจทก์ยึดรถที่เช่าซื้อคืนมาจากจำเลยที่ 1 โดยจำเลยที่ 1 ไม่ได้โต้แย้งการยึดแต่อย่างใดเป็นพฤติการณ์ที่ถือได้ว่าโจทก์กับจำเลยที่ 1 ต่างประสงค์หรือสมัครใจเลิกสัญญาเช่าซื้อต่อกันแล้วนับแต่วันที่โจทก์ยึดรถที่เช่าซื้อคืนโจทก์จึงมีสิทธิฟ้องคดีนี้ กรณีที่สัญญาเช่าซื้อเลิกกันด้วยความสมัครใจของคู่สัญญา มิใช่เป็นการเลิกสัญญากันโดยผลของสัญญาเช่าซื้อเพราะเหตุจำเลยที่ 1 ผิดนัดชำระค่าเช่าซื้อหรือผิดสัญญาเช่าซื้อแต่อย่างใดแต่เป็นกรณีที่สัญญาเลิกกันด้วยเหตุอื่น คู่สัญญาจึงไม่มีสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาอีกต่อไปโจทก์จึงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกราคารถส่วนที่ขายไปยังขาดค่าเช่าซื้ออยู่โดยอาศัยข้อสัญญาตามสัญญาเช่าซื้อข้อ 9 ซึ่งระงับไปแล้ว

¹⁵⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4211/2539 เมื่อจำเลยที่ 1 ผิดนัดไม่ชำระค่าเช่าซื้อตั้งแต่งวดแรกเป็นต้นมาเกินกว่า 2 งวดติดต่อกันโจทก์ก็ให้พนักงานเร่งรัดหนี้สินติดตามทวงถามจำเลยที่ 1 ก็นำเงินมาชำระให้โจทก์บางส่วนซึ่งโจทก์ยอมรับไว้และยอมให้จำเลยที่ 1 ครอบครองใช้รถยนต์ที่เช่าซื้อต่อไปต้องถือว่าโจทก์รับเงินดังกล่าวไว้เป็นค่าเช่าซื้อที่จำเลยที่ 1 ค้างชำระหลังจากผิดนัดแล้วแสดงว่าโจทก์และจำเลยที่ 1 ยังคงปฏิบัติต่อกันเสมือนหนึ่งว่าสัญญาเช่าซื้อยังใช้บังคับอยู่โดยมิได้ถือกำหนดเวลา

ชำระค่าเช่าซื้อตามสัญญาเป็นสาระสำคัญต่อไปจะถือว่าจำเลยที่ 1 ผิดสัญญาและสัญญาเช่าซื้อเลิกกันตามที่ระบุไว้ในสัญญาเช่าซื้อมิได้และหากโจทก์ประสงค์จะเลิกสัญญาก็ต้องบอกกล่าวให้จำเลยที่ 1 ชำระค่าเช่าซื้อภายในกำหนดเวลาที่เห็นสมควรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 387 เสียก่อนเมื่อจำเลยที่ 1 ไม่ชำระจึงบอกเลิกสัญญาได้ แต่เมื่อโจทก์ยึดรถยนต์ที่เช่าซื้อคืนมาและจำเลยที่ 1 ก็ยินยอมโดยมิได้โต้แย้งถือว่าทั้งสองฝ่ายต่างสมัครใจเลิกสัญญากันโดยปริยายนับแต่วันที่โจทก์ยึดรถคืนมาจำเลยที่ 1 ไม่ต้องใช้ค่าเสียหายใดๆแก่โจทก์คงรับผิดเฉพาะค่าเสียหายเป็นค่าขาดประโยชน์ของโจทก์ในระหว่างผิติดชำระค่าเช่าซื้อจนถึงวันสัญญาเลิกกันเท่านั้น

¹⁶⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 3745/2551 การที่จำเลยที่ 1 เช่าซื้อรถยนต์ที่เช่าซื้อจากโจทก์เป็นผลต่อเนื่องมาจากจำเลยที่ 1 ไปจองซื้อรถยนต์ที่เช่าซื้อกับบริษัท อ. ข้อตกลงและหน้าที่ของบริษัทดังกล่าวที่จะต้องจดทะเบียนและต่อทะเบียนรถยนต์ที่เช่าซื้อจึงตกเป็นหน้าที่ของโจทก์ที่ซื้อและรับโอนกรรมสิทธิ์รถยนต์ที่เช่าซื้อจากบริษัทดังกล่าวมาให้จำเลยที่ 1 เช่าซื้อโจทก์จะอ้างว่าไม่ได้ตกลงด้วยหาได้ไม่ นอกจากนี้โจทก์ยังมีความสัมพันธ์กับจำเลยที่ 1 ในฐานะผู้ให้เช่าซื้อกับผู้เช่าซื้อตามสัญญาเช่าซื้อ ผู้ให้เช่าซื้อจึงต้องมีหน้าที่ทำนองเดียวกับผู้ให้เช่าตาม ป.พ.พ. มาตรา 537 ที่จะต้องให้ผู้เช่าซื้อได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินที่เช่าซื้อ รถยนต์ที่เช่าซื้อเป็นทรัพย์สินที่มีทะเบียน โจทก์ในฐานะผู้ให้เช่าซื้อรถยนต์ที่เช่าซื้อจึงมีหน้าที่จดทะเบียนและต่อทะเบียนรถยนต์ที่เช่าซื้อ เพื่อให้จำเลยที่ 1 ในฐานะผู้เช่าซื้อได้ใช้รถยนต์ที่เช่าซื้อได้ตามสภาพของรถยนต์และโดยชอบด้วยกฎหมาย กับจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์รถยนต์ที่เช่าซื้อให้แก่จำเลยที่ 1 เมื่อจำเลยที่ 1 ชำระค่าเช่าซื้อครบถ้วนตามสัญญาเช่าซื้อแล้ว โจทก์ในฐานะผู้ให้เช่าซื้อจึงมีหน้าที่จดทะเบียนและต่อทะเบียนรถยนต์ที่เช่าซื้อตามสัญญาเช่าซื้อโดยตรงอีกด้วย

เมื่อบริษัท อ. ไม่โอนกรรมสิทธิ์รถยนต์ที่เช่าซื้อให้แก่โจทก์ตามสัญญาซื้อขายระหว่างโจทก์และบริษัท อ. เป็นสิทธิและหน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องดำเนินการให้บริษัท อ. จดทะเบียนและต่อทะเบียนรถยนต์ที่เช่าซื้อให้แก่โจทก์ หากกรณีพิพาทนี้ดังที่โจทก์อ้างมาในฎีกาไม่ เมื่อโจทก์ไม่ดำเนินการให้มีการจดทะเบียนและต่อทะเบียนรถยนต์ที่เช่าซื้อจนจำเลยที่ 1 ชำระค่าเช่าซื้อล่วงหน้าไปแล้วถึง 4 งวด โจทก์จึงเป็นฝ่ายผิดสัญญาเช่าซื้อ แม้ว่าจำเลยที่ 1 จะไม่ชำระค่าเช่าซื้อตั้งแต่งวดที่ 5 จนกระทั่งมอบรถยนต์ที่เช่าซื้อคืนแก่โจทก์ และตามสัญญาเช่าซื้อมีข้อตกลงว่าถ้าจำเลยที่ 1 ผิดนัดไม่ชำระค่าเช่าซื้องวดใดงวดหนึ่งให้ถือว่าสัญญาเช่าซื้อเลิกกันทันทีก็ตาม สัญญาเช่าซื้อนี้ก็หาได้เลิกกันเพราะเหตุจำเลยที่ 1 ผิดสัญญาไม่ชำระค่าเช่าซื้อไม่ เพราะโจทก์ผิดสัญญาเช่าซื้อกับจำเลยที่ 1 อยู่ก่อนแล้ว เมื่อจำเลยที่ 1 ไม่ใช้สิทธิเลิกสัญญา ทั้งโจทก์ก็ไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญากับจำเลยที่ 1 ได้ การ

อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่ามีแนวคำพิพากษาฎีกาซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าผู้เช่าซื้อโต้แย้งคัดค้านว่าผู้ให้เช่าซื้อเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เช่าซื้อโดยมิชอบถือเป็นละเมิดต่อผู้เช่าซื้อ แต่ศาลฎีกาก็คงวินิจฉัยว่าคู่สัญญาสมัครใจเลิกสัญญาเช่าซื้อโดยปริยายเช่นเดิม เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 876/2534¹⁶¹ ซึ่งผู้เช่าซื้อนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อขอให้ศาลบังคับผู้ให้เช่าส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าซื้อคืนแก่ผู้เช่า

ที่โจทก์มีหนังสือบอกเลิกสัญญาเช่าซื้อและสัญญาค้ำประกันต่อมาจึงเป็นการบอกเลิกสัญญาโดยไม่ชอบ

เมื่อมีการส่งมอบรถยนต์ที่เช่าซื้อคืนแก่กันจึงเป็นกรณีที่ทั้งสองฝ่ายต่างสมัครใจใช้สิทธิเลิกสัญญาต่อกัน ที่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า ถือว่าสัญญาเช่าซื้อเลิกกันโดยปริยายจึงชอบแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำเป็นต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่ตามเดิมตาม ป.พ.พ. มาตรา 391 วรรคหนึ่ง โจทก์จึงต้องคืนเงินค่าเช่าซื้อที่จำเลยที่ 1 ชำระให้แก่โจทก์แล้วรวม 4 งวด ให้แก่จำเลยที่ 1 สำหรับเงินจองซื้อรถยนต์ที่เช่าซื้อซึ่งจำเลยที่ 1 นำรถยนต์ของจำเลยที่ 1 มาตีราคาเป็นเงิน 630,000 บาท และชำระเป็นเงินสดอีก 110,000 บาท รวมทั้งเงินค่าจดทะเบียนและต่อทะเบียนรถยนต์ที่เช่าซื้อที่บริษัท อ. รับไว้ นั้น เป็นส่วนหนึ่งของราคารถยนต์ที่จองซื้อ เมื่อโจทก์ซื้อรถยนต์นั้นมาให้จำเลยที่ 1 เช่าซื้อต่อ จึงต้องเป็นส่วนหนึ่งของราคารถยนต์ที่เช่าซื้อและถือว่าโจทก์ได้รับไว้ ซึ่งโจทก์ก็ยอมรับโดยนำเอาเงินจองซื้อรถยนต์จำนวน 740,000 บาท มาออกใบเสร็จเป็นเงินสดและภาษีมูลค่าเพิ่มตามใบเสร็จรับเงินโจทก์จึงต้องคืนเงินจอง ค่าจดทะเบียนและต่อทะเบียนรถยนต์ที่จองหรือที่เช่าซื้อให้แก่จำเลยที่ 1 ด้วย ในขณะเดียวกัน การที่จำเลยที่ 1 ได้ใช้รถยนต์ที่เช่าซื้อของโจทก์ถือเป็นการได้ใช้ทรัพย์สินของโจทก์ การที่จำเลยที่ 1 จะขอใช้คืนแก่โจทก์ย่อมทำได้ด้วยการใช้เงินตามควรค่าแห่งการนั้นตาม ป.พ.พ. มาตรา 391 วรรคสาม

¹⁶¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 876/2534 แม้สัญญาเช่าซื้อระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 1 จะมีข้อตกลงว่าหากโจทก์ผิดนัดไม่ชำระค่าเช่าซื้อสองงวดติดต่อกัน ถือว่าสัญญาเช่าซื้อเลิกกันโดยไม่ต้องบอกกล่าว แต่เมื่อโจทก์เคยผิดนัดไม่ชำระค่าเช่าซื้อสองงวดต่อกันแล้ว จำเลยที่ 1 ยังยอมรับค่าเช่าซื้อที่ค้างชำระและคืนรถยนต์ที่ยึดแก่โจทก์ ถือว่าจำเลยที่ 1 มิได้ถือเอากำหนดเวลาชำระค่าเช่าซื้อตามสัญญาเป็นสาระสำคัญอีกต่อไปเมื่อจำเลยที่ 1 จะเลิกสัญญาเช่าซื้อจะต้องบอกกล่าวแก่โจทก์ตาม ป.พ.พ. มาตรา 387 ก่อน การที่โจทก์ผิดสัญญาไม่ชำระค่าเช่าซื้อสองงวดติดต่อกัน และจำเลยที่ 1 ยึดรถคืนจากโจทก์ โจทก์อ้างแต่เพียงว่าการยึดรถยนต์ของจำเลยที่ 1 แต่ละครั้งไม่ชอบ แต่โจทก์ยอมชำระค่าเช่าซื้อให้และในการผิดนัดครั้งที่สามโจทก์ไม่ยอมรับผิดในหน้อย่างอื่น ตามที่จำเลยที่ 1 เรียกเรื่องอีก จึงตกลงกันไม่ได้ เท่ากับว่าโจทก์ยินยอมให้จำเลยที่ 1 ยึดรถยนต์คืนไปโดยมิได้โต้แย้งว่า การยึดไม่ชอบ พฤติการณ์ดังกล่าวถือได้ว่าโจทก์กับจำเลยที่ 1 สมัครใจที่จะเลิกสัญญาเช่าซื้อต่อกัน

ซื้อและเรียกร้องค่าขาดประโยชน์จากการใช้ทรัพย์สิน ศาลฎีกาวินิจฉัยต่อไปว่าภายหลังจากที่ผู้ให้เช่าซื้อเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เช่าซื้อคืนแล้ว ผู้ให้เช่าซื้อเรียกร้องให้ผู้เช่าซื้อชำระหนี้ค่าเช่าซื้อที่ค้างชำระค่าติดตามเอาทรัพย์สิน ดอกเบี้ย และค่าใช้จ่ายอื่นอีกหลายรายการ แต่ผู้เช่าซื้อไม่ยินยอมทำให้คู่กรณีตกลงกันไม่ได้ ถือว่าผู้เช่าซื้อยินยอมให้ผู้ให้เช่าซื้อยึดทรัพย์สินที่เช่าซื้อโดยไม่ได้แย่งคัดค้านและถือเป็นกรณีที่คู่สัญญาต่างสมัครใจการเลิกสัญญาโดยปริยาย เป็นต้น

ผู้เขียนยังมีข้อสังเกตต่อไปอีกว่า เมื่อผู้ให้เช่าซื้อผิดนัดไม่ชำระค่าเช่าซื้อและยังคงครอบครองใช้สอยรถยนต์ที่เช่าซื้ออยู่ บ่อยครั้งที่ผู้ให้เช่าซื้อหรือตัวแทนมักมีการใช้กระบวนการติดตามทวงถามและบังคับยึดรถยนต์ที่เช่าซื้อในลักษณะที่น่าจะเกิดอันตรายต่อผู้เช่าซื้อ จะถือได้ว่าผู้เช่าซื้อยินยอมส่งมอบคืนรถยนต์ที่เช่าซื้อหรือไม่¹⁶²

3.6.4.5 กรณีที่ผู้ซื้อผิดสัญญาซื้อขายสิทธิครอบครองที่ดิน และผู้ขายฟ้องขับไล่

เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา แม้อีกฝ่ายมิได้แสดงเจตนาเลิกสัญญาโดยชอบด้วยกฎหมายแต่ก็ได้ดำเนินคดีขึ้นฟ้องร้องโดยมีเจตนาที่จะเรียกคืนทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ตนได้กระทำให้แก่อีกฝ่าย เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7740/2531¹⁶³ ซึ่งเป็นกรณีการฟ้องขับไล่คู่กรณีอีกฝ่ายออกจากที่ดินที่เคยได้ทำสัญญาซื้อขายสิทธิครอบครอง เป็นต้น

โดยปริยายนับแต่วันที่จำเลยที่ 1 ยึดรถยนต์ที่เช่าซื้อคืน โจทก์และจำเลยที่ 1 ต่างต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งกลับคืนฐานะเดิม จำเลยที่ 1 จึงชอบที่จะเข้าครอบครองและยึดรถยนต์คืนจากโจทก์ได้ ไม่เป็นการผิดสัญญาและละเมิดต่อโจทก์ ส่วนกระบวนบรรทุกดื่ม พร้อมอุปกรณ์ที่ติดกับรถยนต์ที่เช่าซื้อที่โจทก์ได้ทำขึ้น จำเลยที่ 1 จะต้องคืนให้โจทก์ โจทก์กับจำเลยที่ 1 จะเรียกค่าเสียหายใด ๆ ต่อกันไม่ได้

¹⁶² โปรดดู ไทยรัฐออนไลน์, ค้างจ่าย 7 เดือน! สาวเหยียบคันเร่งดับไฟแนนซ์เจ็บ อ้าวงตักใจอยู่ๆโดนยึดรถ (คลิป), วันที่ 16 มิ.ย. 2561, <https://www.thairath.co.th/content/1309652> สืบค้นเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2561.

¹⁶³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7740/2555 ที่ดินพิพาทมีเพียงสิทธิครอบครอง โจทก์ผู้ขายทำสัญญากับจำเลยทั้งสองผู้จะซื้อว่า ที่ดินพิพาทราคา 1,500,000 บาท จะทำการโอนที่ดินใบ ภ.บ.ท. 5 ให้แก่จำเลยทั้งสองและจำเลยทั้งสองได้วางมัดจำให้โจทก์ไว้เป็นเงิน 730,000 บาท ตามหนังสือสัญญาจะซื้อขายหรือสัญญาวางมัดจำเป็นแบบพิมพ์สำเร็จรูปซึ่งมีการกรอกข้อความไปตามรายการในแบบพิมพ์เพื่อให้เป็นหลักฐานเท่านั้น แต่โดยเจตนาของโจทก์และจำเลยทั้งสองแท้จริงแล้ว เป็นการทำสัญญาซื้อขายสิทธิครอบครองที่ดินพิพาทกัน เพราะที่ดินพิพาทไม่มีเอกสารแสดงสิทธิใดๆ คงมีเพียงสิทธิครอบครองโดยการยึดถือเท่านั้น จึงสามารถโอนการครอบครองแก่กันได้ด้วยวิธีส่งมอบที่ดินที่ครอบครองตาม ป.พ.พ. มาตรา 1378 เมื่อโจทก์ส่งมอบการครอบครองที่ดินพิพาทให้จำเลยทั้งสอง

นอกจากนี้กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ตามสัญญา ต่อมาคู่สัญญาทั้งสองได้เข้าเจรจาต่อกันและต่างฝ่ายต่างคืนที่ไม่ชำระหนี้ได้คืนทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่เคยได้รับให้แก่อีกฝ่ายแล้ว ถือได้ว่าคู่สัญญาตกลงเลิกสัญญาโดยสมัครใจทั้งสองฝ่าย เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 3335/2548 วินิจฉัยว่า ทางศาลพิจารณารับฟังได้ว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีเจตนาทำสัญญาซื้อขายรถยนต์โดยมีเงื่อนไขในการโอนกรรมสิทธิ์และได้ส่งมอบรถยนต์แล้ว ต่อมาปรากฏว่าโจทก์ชำระค่าวงมัดจำไม่ครบถ้วนจำเลยจึงใช้สิทธิเลิกสัญญา ต่อมาคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ตกลงเจรจาเลิกสัญญากันโดยในวันดังกล่าวและโจทก์ได้ส่งมอบรถยนต์คืนให้แก่จำเลยแล้ว ส่วนจำเลยกล่าวอ้างมาในคำให้การว่าได้คืนเงินค่าวงมัดจำให้โจทก์จนครบถ้วนแล้ว ถือได้ว่าคู่สัญญาสมัครเลิกสัญญาโดยปริยายและทำให้โจทก์และจำเลยกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม ตาม ป.พ.พ. มาตรา 391 และเมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่าจำเลยได้รับเงินจากโจทก์รวม 165,000 บาท จำเลยมีหน้าที่ต้องคืนให้แก่โจทก์พร้อมด้วยดอกเบี้ย เป็นต้น¹⁶⁴

แล้ว จึงเป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาครบถ้วน จำเลยทั้งสองย่อมมีหน้าที่ชำระราคาส่วนที่เหลือให้แก่โจทก์และเมื่อจำเลยทั้งสองไม่ชำระราคาส่วนที่เหลือ แทนที่โจทก์จะฟ้องบังคับให้จำเลยทั้งสองชำระเงินตามสัญญา แต่โจทก์กลับมากฟ้องขับไล่จำเลยทั้งสองเป็นคดีนี้ และจำเลยที่ 2 ก็ฟ้องแย้งขอให้โจทก์คืนเงินค่าที่ดินที่รับไว้จำนวน 730,000 บาท กรณีจึงถือได้ว่าคู่สัญญาต่างสมัครใจเลิกสัญญาซื้อขายสิทธิครอบครองที่ดินพิพาทต่อกัน คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมตาม ป.พ.พ. มาตรา 391 วรรคหนึ่ง

¹⁶⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 3335/2548 ตอนที่ 10 หน้า 1912 โจทก์บรรยายฟ้องในทำนองว่าโจทก์จำเลยตกลงจะโอนสิทธิเช่าซื้อรถยนต์พิพาทกัน โดยมีเงื่อนไขว่าโจทก์จะต้องจ่ายเงินให้จำเลย 70,000 บาท แล้วจำเลยจะดำเนินการโอนสิทธิเช่าซื้อให้แก่โจทก์และมอบรถยนต์พิพาทให้โจทก์เป็นผู้ครอบครอง และยินยอมส่งสินค้าให้แก่จำเลยโดยจำเลยจะหักค่าจ้างไว้ทีละ 1,800 บาท และโจทก์ต้องมอบเงินค่าเช่าซื้ออีกเดือนละ 7,000 บาท ให้จำเลยเพื่อจำเลยจะได้นำไปชำระเป็นค่าเช่าซื้อแก่บริษัทสยามกลการ จำกัด แต่ในชั้นพิจารณาโจทก์กลับนำสืบผิดเพี้ยนไปว่า โจทก์ตกลงเช่าซื้อรถยนต์คันพิพาท ซึ่งจำเลยเช่าซื้อมาจากบริษัทสยามกลการ จำกัด จากจำเลยในราคา 200,000 บาท โดยโจทก์ได้วางเงินดาวน์ให้จำเลย 70,000 บาท และจะต้องผ่อนชำระค่าวงมัดจำอีกเดือนละ 7,000 บาท ทั้งจะมีการหักเงินค่าจ้างขนส่งสินค้าทีละ 1,800 บาทด้วย เพื่อให้จำเลยนำไปชำระแก่บริษัทสยามกลการ จำกัด

ส่วนจำเลยให้การว่าไม่เคยตกลงที่จะโอนสิทธิเช่าซื้อรถยนต์คันพิพาทให้โจทก์เพราะจำเลยไม่ได้เป็นผู้เช่าซื้อรถยนต์คันดังกล่าว แต่โจทก์จำเลยตกลงซื้อขายรถยนต์พิพาทกันในราคา 200,000 บาท โดยมีเงื่อนไขว่าโจทก์ต้องผ่อนชำระโดยการหักค่าจ้างที่จำเลยได้ว่าจ้างโจทก์ขนส่งสินค้า

เที่ยวละ 1,800 บาท รวม 110 งวด และงวดสุดท้ายชำระอีก 2,000 บาทโดยในวันตกลงทำสัญญานั้น จำเลยได้ส่งมอบรถยนต์พิพาทให้โจทก์ครอบครองเรียบร้อยแล้ว และได้ดำเนินการหักค่าจ้างของโจทก์ไว้เที่ยวละ 1,800 บาท รวม 55 งวด รวมเป็นเงิน 95,000 บาท โจทก์จำเลยตกลงซื้อขายกันโดยมีเงื่อนไขว่าจะโอนกรรมสิทธิ์ให้โจทก์ต่อเมื่อโจทก์ผ่อนชำระค่างวดให้จำเลยครบถ้วนแล้ว แต่โจทก์ชำระค่างวดไม่ครบตามข้อตกลง โดยในชั้นพิจารณาจำเลยนำสืบไปตามที่กล่าวอ้างในคำให้การดังกล่าว เห็นว่า โจทก์จำเลยมิได้ทำสัญญากันไว้เป็นหนังสือ ทั้งปรากฏหลักฐานตามใบเสร็จรับเงินเอกสารหมายเลข 1 ถึง 3 และสำเนาหนังสือบอกกล่าวสอบถามเอกสารหมายเลข 4 ว่านางสาวศิริอร สืบตระกูล เป็นผู้เข้าซื้อรถยนต์พิพาทจากบริษัทซีดีคอร์ปลิซซิง (ประเทศไทย) จำกัด หาใช่จำเลยเป็นผู้เข้าซื้อไม่ จำเลยจึงไม่มีสิทธินำรถพิพาทมาให้โจทก์เช่าซื้อต่อและไม่ปรากฏข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่าจำเลยเอารถยนต์พิพาทออกให้โจทก์เช่าและให้ค้ำมัดว่าจะขายรถยนต์พิพาทหรือให้รถยนต์พิพาทตกเป็นสิทธิแก่โจทก์โดยเงื่อนไขที่โจทก์ได้ใช้เงินเป็นจำนวนเท่านั้นเท่านั้นคร่าวตาม ป.พ.พ. มาตรา 572 ข้อตกลงระหว่างโจทก์จำเลยจึงไม่ใช่เป็นการเช่าซื้อรถยนต์พิพาท แต่ตามข้อตกลงระหว่างโจทก์จำเลยดังกล่าวเห็นได้ว่าเป็นการตกลงซื้อขายรถยนต์พิพาทโดยจำเลยผู้ขายยอมให้โจทก์ผู้ซื้อผ่อนชำระราคา และมีเงื่อนไขว่าจะโอนกรรมสิทธิ์ให้เมื่อโจทก์ผ่อนชำระราคาครบถ้วนแล้ว ข้อตกลงระหว่างโจทก์จำเลยดังกล่าวจึงเป็นสัญญาซื้อขายมีเงื่อนไขในการโอนกรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 459 และเมื่อเป็นการซื้อขายสังหาริมทรัพย์ซึ่งตกลงราคากันตั้งแต่ 500 บาทขึ้นไป แม้มิได้มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิด แต่หากได้มีการวางประจำไว้หรือได้ชำระหนี้บางส่วนแล้วคู่กรณีย่อมฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 456 วรยศสองและวรยศสาม จำเลยรับว่าได้ตกลงขายรถยนต์พิพาทให้โจทก์ในราคา 200,000 บาท โดยให้โจทก์ผ่อนชำระค่างวดเป็นเงินงวดละ 1,800 บาท และโจทก์ได้ผ่อนชำระแล้ว 55 งวด เป็นเงิน 95,000 บาท จึงถือว่าโจทก์ได้วางประจำและชำระหนี้บางส่วนแก่จำเลยแล้ว โจทก์จึงฟ้องร้องบังคับคดีได้ จำเลยนำสืบได้ความทำนองเดียวกับที่อ้างในคำให้การว่า โจทก์ชำระค่างวดไม่ครบถ้วนตามสัญญา จำเลยจึงบอกเลิกสัญญาและแจ้งให้โจทก์นำรถยนต์พิพาทมาคืน โจทก์ได้ติดต่อกับจำเลยว่าไม่สามารถทำงานที่ตกลงจ้างให้ได้อีกและไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ จำเลยจึงตกลงให้เลิกสัญญากันโดยสมัครใจทั้งสองฝ่าย และในวันเลิกสัญญาโจทก์ก็ได้นำรถยนต์พิพาทมาคืนแก่จำเลยแล้ว โดยจำเลยกล่าวอ้างว่าในคำให้การว่าได้คืนเงินที่รับมาแก่โจทก์ด้วย

เห็นว่า การที่โจทก์จำเลยตกลงเลิกสัญญาซื้อขายรถยนต์พิพาทกันโดยสมัครใจทั้งสองฝ่ายเช่นนี้ ย่อมทำให้โจทก์และจำเลยกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม ตาม ป.พ.พ. มาตรา 391 เมื่อโจทก์ได้มอบรถยนต์พิพาทคืนแก่จำเลยแล้ว จำเลยจึงมีหน้าที่ต้องคืนเงินที่ได้รับมาแก่โจทก์ปรากฏว่า

3.6.5 ผลของการเลิกสัญญาโดยปริยาย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 เป็นบทบัญญัติเรื่องผลทั่วไปของการเลิกสัญญาในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียว โดยคู่กรณีแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ต้องทำให้อีกฝ่ายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม การเลิกสัญญาโดยทั่วไปย่อมมีผลทำให้เกิดความระงับสิ้นไปซึ่งสัญญาที่เป็นรากฐานแห่งความสัมพันธ์ทางหนี้และผลแห่งหนี้ทั้งหมดย้อนหลังไปจนถึงเวลาที่เข้าทำสัญญา เสมือนหนึ่งว่าคู่กรณีไม่เคยมีการเข้าทำสัญญาใดๆ ต่อกัน และทำให้คู่กรณีมีหน้าที่ต้องส่งมอบคืนสิ่งของหรือผลประโยชน์ที่ตนได้รับจากอีกฝ่าย¹⁶⁵ สำหรับผลของการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยายนั้น เข้าใจว่านำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณีตามมาตรา 391 ข้างต้น เนื่องจากมาตรา 391 ถือเป็นบทบัญญัติในเรื่องผลของการเลิกสัญญาที่เกิดจากการใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ไม่ว่าจะเป็นการแสดงเจตนาเลิกสัญญานั้นจะเกิดขึ้นโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย อย่างไรก็ตามมีแนวความเห็นในทางตำราที่ได้แย้งว่า การนำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณีตามมาตรา 391 ซึ่งเป็นผลของการเลิกสัญญาทั่วไปปรับใช้แก่การเลิกสัญญาในทุกๆ ลักษณะอาจก่อให้เกิดความไม่เหมาะสม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสัญญาที่มีลักษณะก่อหนี้ให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติชำระต่อเนื่องเป็นระยะๆ (continuing contract) เช่น สัญญาเช่า สัญญาเช่าซื้อ สัญญาจ้างแรงงาน เป็นต้น เนื่องจากหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณีทำให้เกิดการรื้อฟื้นหนี้ที่ได้ชำระเสร็จสิ้นแล้วขึ้นมาอีกครั้งหนึ่งและเกิดภาระค่าใช้จ่ายแก่คู่กรณีโดยไม่จำเป็น อีกทั้งในบางกรณีทำให้เกิดภาระดอกเบี้ยแก่คู่กรณีที่มีได้เป็น

โจทก์มีหลักฐานสำเนาใบนำฝากบัญชีเดินสะพัดเอกสารหมายเลข 1 มาแสดงว่าได้โอนเงินจำนวน 70,000 บาท เข้าบัญชีของจำเลยเมื่อวันที่ 7 มีนาคม 2540 ซึ่งตามใบแจ้งรายการบัญชีเดินสะพัดของจำเลย เอกสารหมายเลข 6 ก็ปรากฏชัดว่าในวันดังกล่าวมีเงินจำนวน 70,000 บาท เข้าบัญชีของจำเลยจริง จึงฟังได้ว่าจำเลยได้รับเงินจำนวน 70,000 บาท จากโจทก์ไว้แล้วจริง นอกจากนี้จำเลยยังนำสืบรับว่า โจทก์ได้ผ่อนชำระเงินให้จำเลยแล้ว 55 งวด รวมเป็นเงิน 95,000 บาท ตามสำเนาบันทึกคำรคคงค้างเอกสารหมายเลข 5 จึงฟังได้ว่าจำเลยได้รับเงินจำนวน 95,000 บาท จากโจทก์อีกจำนวนหนึ่ง ส่วนที่โจทก์อ้างว่าได้ชำระเงินค่างวดสำหรับชำระเป็นค่าเช่าซื้อรถยนต์พิพาทำให้จำเลยอีกจำนวนหนึ่งเป็นเงิน 49,000 บาทนั้น โจทก์ไม่มีหลักฐานยืนยันในข้อนี้ และจำเลยปฏิเสธว่าไม่ได้รับ จึงฟังไม่ได้ว่าจำเลยได้รับเงินจำนวนนี้จากโจทก์ ข้อเท็จจริงจึงฟังได้ว่าจำเลยได้รับเงินจากโจทก์รวม 165,000 บาท ซึ่งจำเลยมีหน้าที่ต้องคืนให้แก่โจทก์พร้อมด้วยดอกเบี้ย โดยสิทธิเรียกร้องของโจทก์มีอายุความ 10 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/30 ดังนั้นคดีของโจทก์จึงไม่ขาดอายุความ”

¹⁶⁵ จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 286-287, และดู ศนันทกรณ์ โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 488-491.

ฝ่ายผิดสัญญาซึ่งทำให้ต้องเสียเปรียบแก่อีกฝ่ายหนึ่ง เช่น ผู้ให้เช่าที่ใช้สิทธิเลิกสัญญาต้องคืนเงินค่าเช่า และดอกเบี้ยแก่ผู้เช่า เป็นต้น¹⁶⁶ โดยผู้เขียนมีความเห็นสอดคล้องกับแนวความเห็นที่ได้แย้งถึงความไม่เหมาะสมของการปรับใช้หลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมแก่สัญญาที่มีลักษณะต่อเนื่อง และด้วยเหตุที่สภาพของการแสดงเจตนาใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยายที่ตั้งอยู่บนฐานแห่งการกระทำที่อาจสันนิษฐานได้ด้วยเหตุผลอันชอบว่าผู้มีสิทธิเลิกสัญญากำลังแสดงเจตนาเลิกสัญญาโดยปริยาย และเมื่อพิจารณาลักษณะของการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยายพร้อมกับให้ความสำคัญกับประเภทของสัญญาย่อมทำให้เห็นว่า การใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยายในสัญญาที่ก่อหนี้ให้ปฏิบัติชำระครั้งเดียว (instantaneous contract) เกิดขึ้นจากผู้มีสิทธิเลิกสัญญากระทำการในลักษณะที่เห็นได้ว่าต้องการให้คู่กรณีได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม หรือการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยายในสัญญาที่ก่อหนี้ให้ปฏิบัติชำระต่อเนื่องเป็นระยะ (continuing contract) เกิดจากผู้มีสิทธิเลิกสัญญาทำการกระทำในลักษณะที่เห็นได้ว่าจะไม่มีการชำระหนี้ต่อไปในอนาคต เป็นต้น

ข้อตกลงเลิกสัญญาโดยทั่วไปที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือปริยายย่อมถือเป็นสัญญาฉบับใหม่ที่มีผลให้เกิดการระงับสิ้นไปของสัญญาฉบับเดิม ส่วนจะระงับสิ้นไปเมื่อใดหรือผลของการเลิกสัญญาจะเป็นอย่างไรควรเป็นไปตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกันในข้อตกลงเลิกสัญญานั้นๆ¹⁶⁷ และบทบัญญัติมาตรา 391 ในเรื่องผลการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณีนั้นมีใช้บทกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน คู่สัญญาจึงสามารถตกลงผลของการเลิกสัญญาให้แตกต่างไปจากที่บัญญัติไว้ได้¹⁶⁸ และถ้าคู่สัญญาไม่ได้กำหนดรายละเอียดในผลของข้อตกลงเลิกสัญญาไว้เข้าใจว่าน่าจะต้องนำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณีตามมาตรา 391 อันเป็นผลแห่งเลิกสัญญาโดยการใช้สิทธิเลิกสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวตามที่กฎหมายกำหนดมาปรับใช้แก่ข้อตกลงเลิกสัญญาโดยอนุโลม กล่าวคือคู่สัญญาฝ่ายใดได้รับประโยชน์อย่างใด ๆ ไปจากสัญญาฉบับเดิม เมื่อสัญญาเดิมไม่มีอยู่อีกต่อไป ต่างฝ่ายจึงต้องคืนสิ่งที่ได้รับต่อกันไปหรือคืนเงินเป็นค่าใช้สอยทรัพย์สิน สำหรับการคืนเงินที่ได้รับกันไว้จำต้องคืนพร้อมดอกเบี้ย ส่วนของค่าเสียหายนั้นหากคู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันไว้แสดงว่ามีได้เกิดความเสียหายขึ้น ค่าเสียหายจึงไม่ควรเรียกร้องจากกันได้¹⁶⁹ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 560/2553 เป็นต้น และนอกจากนี้หากจำต้องคืนมัดจำหรือเบี้ยปรับที่ได้ส่งมอบให้แก่กัน เมื่อสัญญา

¹⁶⁶ โปรดดู จตุพล หวังสุวรรณ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 125*, และดู จิต เศรษฐบุตร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 286-287, และดู ศนันท์กรณ โสติพันธ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 488-489.

¹⁶⁷ ศนันท์กรณ โสติพันธ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 488-489.

¹⁶⁸ โปรดดู เชิงอรรถที่ 24 ใน *เพ็ญอ้าว* น. 489.

¹⁶⁹ ศนันท์กรณ โสติพันธ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 488-489 และ 502-503.

เล็กน้อยด้วยความตกลงแสดงว่าไม่มีฝ่ายใดผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่รับมัดจำหรือเบี้ยปรับเอาไว้จึงต้องคืนเงินมัดจำหรือเบี้ยปรับพร้อมดอกเบี้ย 170 อย่างไรก็ตามผู้เขียนเข้าใจว่าการนำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณีในมาตรา 391 ป.พ.พ. ซึ่งผลในทางกฎหมายสารบัญญัติของการใช้สิทธิเลิกสัญญา มาปรับใช้แก่กรณีข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายอาจก่อให้เกิดความไม่เหมาะสมเมื่อนำไปปรับใช้แก่ข้อตกลงเลิกสัญญาที่คู่สัญญาไม่เจตนาที่จะระงับสัญญาเดิมที่มีลักษณะก่อหนี้ให้ปฏิบัติชำระอย่างต่อเนื่อง เช่น สัญญาเช่า สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาเช่าซื้อ เป็นต้น ดังรายละเอียดที่ได้พิจารณาไปแล้ว ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงมีข้อสังเกตว่าการจำแนกประเภทของสัญญาที่จะระงับสิ้นหรือถูกเลิกว่าเป็นสัญญาที่ก่อหนี้ให้ปฏิบัติชำระคราวเดียวหรือสัญญาที่ก่อหนี้ให้ปฏิบัติชำระอย่างต่อเนื่องน่าจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่การวินิจฉัยผลของข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายไม่น้อย และจากข้อพิจารณาของการเลิกสัญญาโดยปริยายที่มีพื้นฐานจากการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอขอเลิกสัญญาและอีกฝ่ายทำคำสนองรับ ทำให้เห็นได้ว่าคำเสนอถือเป็นขอเลิกสัญญาที่เข้าใจว่าต้องมีความชัดเจนและต้องมีข้อความแน่นอนเพียงพอที่จะให้เกิดสัญญาได้ทันทีที่ผู้รับทำคำสนองตอบกลับมา¹⁷¹ ส่วนคำสนอนั้นนี้อาจจัดทำโดยชัดแจ้งและโดยปริยายด้วยการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดที่อาจสันนิษฐานได้จากเจตนาที่ผู้เสนอได้แสดงหรือมีปกติประเพณีว่าไม่จำเป็นต้องมีการบอกกล่าวคำสนองให้แก่ผู้ทำคำเสนอ แล้วแต่กรณี

และผลของการเลิกสัญญาโดยปริยายที่เกิดขึ้นจากการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอขอเลิกสัญญาโดยชัดแจ้งและอีกฝ่ายทำคำสนองรับโดยปริยายนั้น ทั้งนี้เนื้อหาสาระของสัญญาที่เกิดขึ้นย่อมเป็นไปตามที่ระบุไว้ในคำเสนอ เนื่องจากคำเสนอมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาที่ต้องมีความชัดเจนโดยปราศจากข้อเคลือบแคลงสงสัยว่าเป็นคำขอเลิกสัญญาด้วย อีกทั้งต้องมีข้อความที่แน่นอนเพียงพอในลักษณะที่จะเกิดขึ้นเป็นสัญญาได้ทันทีเมื่ออีกฝ่ายมีคำสนองรับตามคำเสนอนั้นๆ ดังรายละเอียดที่กล่าวไปแล้ว เช่น การทำคำเสนอขอเลิกสัญญาต้องมีความชัดเจนจนที่ผู้รับคำเสนอไม่มีข้อสงสัยเลยว่าผู้ทำคำเสนอว่าต้องการทำคำขอเลิกสัญญา และเนื้อหาสาระของคำเสนอขอเลิกสัญญาต้องมีความแน่นอนเพียงพอในลักษณะที่จะเกิดขึ้นเป็นสัญญาที่มุ่งระงับหรือเลิกสัญญาฉบับเดิมอย่างเด็ดขาดได้ทันทีเมื่ออีกฝ่ายมีคำสนองรับตามคำเสนอขอเลิกสัญญานั้น เป็นต้น และในทางกลับกันถ้าเนื้อหาที่ระบุในคำเสนอไม่อาจทำให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าผู้ทำคำเสนอมีความประสงค์ที่จะขอทำสัญญาอย่างไร คำเสนอเช่นว่าย่อมมีฐานะเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้อีกฝ่ายทำคำเสนอเท่านั้น¹⁷² และ

¹⁷⁰ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 7, น. 489.

¹⁷¹ *เพ็งอ้าง*, น. 312.

¹⁷² *เพ็งอ้าง*, น. 320.

คำเสนอที่ไม่อาจเห็นได้อย่างชัดเจนว่าเป็นคำขอให้ระงับหรือเลิกสัญญาอย่างเด็ดขาด คำเสนอนั้นย่อมมีฐานะเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ผู้รับคำเสนอหรือคู่สัญญาอีกฝ่ายเข้าทำคำเสนอขอเลิกสัญญากับฝ่ายตนเท่านั้น

3.7 สรุป

การเลิกสัญญาโดยปริยายในระบบกฎหมายไทยเข้าใจว่าเป็นช่องทางหนึ่งที่ทำให้เกิดการเลิกสัญญาได้ และอาจกล่าวได้ว่าการเลิกสัญญาโดยปริยายที่เกิดขึ้นจากเจตนาคู่สัญญาสองฝ่ายมีหลักการทำคำเสนอและคำสนองที่ถูกต้องตรงกันเป็นพื้นฐานในการเกิดขึ้นของข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายดังกล่าว ดังที่แนวคำพิพากษาฎีกาของไทยใช้ถ้อยคำในทำนองว่า “คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างสมัครใจเลิกสัญญาโดยปริยาย” อย่างไรก็ตามพบว่าคำพิพากษาฎีกาในเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยายบางเรื่องยังมีความไม่ชัดเจนอยู่ในกระบวนการเกิดขึ้นของการเลิกสัญญาโดยปริยาย นอกจากนี้หลายครั้งพบว่าข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในแนวคำวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวมีลักษณะที่ศาลฎีกาหยาบการกระทำที่ไม่ชัดเจนหรือพฤติการณ์ของคู่สัญญาและวินิจฉัยโดยให้ถือว่าเป็นการเลิกสัญญาโดยปริยายมากกว่าที่จะพิจารณาตามหลักการเกิดขึ้นข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายจากการทำคำเสนอขอเลิกสัญญาและอีกฝ่ายมีคำสนองรับให้เกิดเป็นการเลิกสัญญาโดยปริยายซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมและกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงในนิติฐานะของคู่สัญญาได้ นอกจากนี้เข้าใจว่าผลของการเลิกสัญญาโดยปริยายย่อมเป็นไปตามที่คู่กรณีได้ตกลงกัน และในกรณีที่มีได้ตกลงเป็นอย่างอื่นศาลฎีกาของไทยมักใช้วิธีตีตามมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยการนำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 391 ซึ่งเป็นผลทั่วไปของการใช้สิทธิเลิกสัญญาในฐานะที่เป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเข้าปรับใช้โดยเทียบเคียงแก่ผลของการเลิกสัญญาโดยปริยายอยู่เสมอ แต่ทั้งนี้มิชอบโต้แย้งถึงความไม่เหมาะสมในการปรับใช้หลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมแก่การเลิกสัญญาที่มีลักษณะต่อเนื่อง เช่น สัญญาเช่า สัญญาจ้างแรงงาน เป็นต้น ซึ่งต้องมีการรื้อฟื้นพื้นที่ชำระเสร็จสิ้นแล้วขึ้นใหม่และอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมได้ในบางกรณี

บทที่ 4

การเลิกสัญญาโดยปริยายในระบบกฎหมายต่างประเทศ

4.1 ความนำ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เลือกระบบกฎหมายเยอรมันและระบบกฎหมายอังกฤษเป็นต้นแบบในการศึกษาค้นคว้าหลักกฎหมายในเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยาย เนื่องจากระบบกฎหมายทั้งสองมีความยอดเยี่ยมและนิติวิธีในการใช้การตีความกฎหมายที่แตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ โดยระบบกฎหมายอังกฤษถือเป็นต้นแบบของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีอิทธิพลและใช้บังคับอยู่เหนือประเทศต่างๆ จำนวนมากที่เคยเป็นอาณานิคมของอังกฤษ ส่วนระบบกฎหมายเยอรมันถือเป็นหนึ่งในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่ได้ชื่อว่ามีประสิทธิภาพยอดเยี่ยม อีกทั้งมีอิทธิพลทางประวัติศาสตร์เหนือระบบกฎหมายไทยในฐานะที่ประเทศไทยได้ยอมรับเอารูปแบบการจัดทำประมวลกฎหมายในลักษณะ ‘pendaect code’ ของเยอรมันเข้ามาในช่วงของการจัดทำร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 อีกทั้งหลักกฎหมายว่าด้วยการเลิกสัญญาของไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันได้รับอิทธิพลโดยตรงจากประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นและประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันอีกด้วย การศึกษาหลักกฎหมายในเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยายจากระบบกฎหมายต่างประเทศทั้งสองคาดว่าจะได้รับประโยชน์ไม่น้อย อีกทั้งจะนำผลการศึกษาที่ได้ไปวิเคราะห์เปรียบเทียบเพื่อให้ได้ข้อสรุปที่ชัดเจนของหลักกฎหมายเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยายในระบบกฎหมายไทย

4.2 การเลิกสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมัน

การเลิกสัญญา (*termination of contract*)¹ หรือ ‘Rücktritt’ แตกต่างจากการบอกล้างโมฆียกรรม (*rescission of contract*) ตามที่เข้าใจในตำรากฎหมายเยอรมัน ทั้งนี้การบอกล้าง

¹ มีข้อสังเกตว่า บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (*Bundesgesetzblatt*) ที่ผู้เขียนเลือกใช้นั้นมีที่มาจาก www.juris.de ซึ่งเป็นความร่วมมือระหว่าง The Federal Ministry of Justice and Consumer Protection ซึ่งเป็นหน่วยงานภาครัฐของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกับ Juris GmbH ทั้งนี้ตัวบทเกี่ยวกับการเลิกสัญญาใช้ถ้อยคำว่า *revocation (n.)* และ *revoke (v.)* เพื่อแทนความหมายของการเลิกสัญญา (*termination*) ซึ่งแตกต่างจากตำรากฎหมายสัญญาเยอรมัน (*The German Law of Contract*) ของ B. S. Markesinis, H. Unberath and A. Johnson ที่

โมฆียะกรรม (*Anfechtung*) ตามมาตรา 142 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ถือเป็นการกระทำที่มุ่งย้อนหลังไปปลงการกระทำทั้งหมดที่เกิดขึ้นจากสัญญา (*‘ex tunc’ or ‘ab initio’*) และผลแห่งการบอกล้างโมฆียะนั้นทำให้คู่สัญญาต้องได้รับการปฏิบัติเสมือนว่าไม่เคยมีการเข้าทำสัญญามาก่อน อีกทั้งทำให้หนี้ที่เคยได้ชำระแก่กันนั้นจำต้องกลับคืนสู่แต่ละฝ่ายตามหลักแห่งลาภมิควรได้ (*Leistungskondiktio*) เนื่องจากเหตุที่ว่าสัญญาที่ได้กระทำขึ้นระหว่างคู่กรณีมีความบกพร่อง (defect) บางประการในกระบวนการจัดทำสัญญาและก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นสาระสำคัญแห่งสัญญา (vitiating factor)² ในทางกลับกันการเลิกสัญญาถือเป็นการเยียวยาความเสียหายจากการผิดหน้าที่ตามสัญญา (remedy for breach of contractual duty) และการเลิกสัญญาจะมีผลต่อเมื่อคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิได้แสดงเจตนาบอกเลิกสัญญาต่อคู่กรณีอีกฝ่าย ตามมาตรา 349 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ด้วยเหตุนี้การใช้สิทธิเลิกสัญญาจึงเป็นอำนาจแต่เพียงฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้มีความผิดในอันที่จะเปลี่ยนแปลงเนื้อหาแห่งสัญญา³ และเนื่องจากเหตุที่คู่สัญญามีได้รับการชำระหนี้ซึ่งตนคาดหวังว่าจะได้รับจากอีกฝ่ายหนึ่ง กฎหมายจึงเปิดโอกาสให้เกิดการระงับสิ้นไปซึ่งหน้าที่หรือหนี้ที่คู่สัญญาที่มีได้เป็นฝ่ายผิดต้องชำระตอบแทนให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง (released from the obligation of counter-performance) ตามมาตรา 323 และ 324 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน⁴ แต่ทั้งนี้ก่อนการใช้สิทธิเลิกสัญญาคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิต้องบอกกล่าวกำหนดเวลาพอสมควร (period of grace) เพื่อเปิดโอกาสให้ลูกหนี้ฝ่ายหนึ่งได้ปฏิบัติตามการชำระหนี้หรือแก้ไขข้อบกพร่องในการชำระหนี้เสียก่อนด้วย⁵

เมื่อสัญญาได้เลิกกัน อาจกล่าวโดยทั่วไปได้ว่าคู่สัญญาสามารถปฏิเสธการชำระหนี้ใดๆ ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต รวมทั้งมีสิทธิเรียกคืนการชำระหนี้ใดๆ ที่ได้กระทำลงแล้วกลับคืนมาได้ตามหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (rule of restitution) ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 346 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ทั้งนี้ความสำคัญของการเลิกสัญญาคือการยุติผลในทางสัญญาที่อาจเกิดมีขึ้นในอนาคต (ex

เลือกใช้คำว่า ‘termination’ แทนความหมายของการเลิกสัญญา และใช้คำว่า rescission แทนความหมายของการบอกล้างโมฆียะกรรม เป็นต้น

² Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, 2nd Edition (Oregon: Hart Publishing, 2006) p. 419.

³ *Ibid.*, p. 420.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*, pp. 400-401.

nunc) อีกทั้งผลของการใช้สิทธิเลิกสัญญาคือการทำให้หนี้หรือหน้าที่ตามสัญญาสิ้นสุดในเวลาที่มีการใช้สิทธิเลิกสัญญา ถ้ายังมิได้มีการชำระหนี้ต่อการเลิกสัญญาย่อมมีผลเพียงปลดปล่อยภาระหนี้ของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายที่จะต้องกระทำแก่กันเท่านั้น อย่างไรก็ตามในการเลิกสัญญานั้นคู่สัญญามักมีการชำระหนี้ไปแล้วบางส่วน เพื่อประโยชน์แก่คู่สัญญาที่ได้ชำระหนี้จะได้รับคืนสิ่งที่ตนกระทำจึงมีความจำเป็นต้องนำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมเข้าปรับใช้แก่กรณีการเลิกสัญญาดังกล่าว และในระบบกฎหมายเยอรมันได้ใช้วิธีในการย้อนกลับ (reversing) ซึ่งหนี้ตามสัญญา (contractual obligation) และเปลี่ยนตัวสัญญาให้กลายเป็นความสัมพันธ์ทางหนี้เพื่อการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (relationship of obligation for restitution) หรือ ‘*Rückgewährschuldverhältnis*’ ซึ่งมีผลให้การชำระหนี้ใดๆ จำต้องได้รับกลับคืนตามมาตรา 346 แต่ทั้งนี้การปรับใช้หลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมดังกล่าวอาจก่อให้เกิดปัญหาอยู่บ้างในสัญญาระยะยาว (long-term contract) หรือสัญญาที่มีลักษณะต่อเนื่อง (continuing contract) จนจำเป็นต้องพัฒนาผลของการเลิกสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะโดยไม่นำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมซึ่งเป็นผลในทางสารบัญญัติของการเลิกสัญญาทั่วไปมาใช้บังคับ⁶ รายละเอียดดังจะได้กล่าวต่อไป

สำหรับการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในปี ค.ศ. 2002 ที่เกี่ยวกับการเลิกสัญญามีเรื่องสำคัญอยู่สองประการคือ การเลิกสัญญานั้นไม่ขึ้นอยู่กับความผิดของฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบอีกต่อไป (termination is independent of the fault of the guilty party) ทำให้การเลิกสัญญาจึงอาจเกิดขึ้นได้ด้วยเหตุแห่งการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง (non-conforming performance) อีกทั้งการเลิกสัญญาและค่าเสียหายอาจสามารถที่จะมีการเรียกร้องควบคู่ไปด้วยกันได้แล้วตามมาตรา 353 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน⁷

4.2.1 เหตุแห่งการเลิกสัญญา

การผิดหน้าที่ (breach of duty) หรือ ‘*Pflichtverletzung*’ ตามที่กำหนดในมาตรา 280 และ 323 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ถือเป็นแกนหลักสำคัญในกระบวนการปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ.2002 เพื่อจุดประสงค์ที่จะให้ครอบคลุมแก่กรณีการชำระหนี้ที่ผิดปกติในทุกประเภท (the basis of all irregularities of performance) ที่อาจเกิดขึ้นได้ตามกฎหมายเยอรมันในปัจจุบัน เนื่องจากแต่เดิมนั้นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ตามสัญญาที่ก่อให้เกิดการเยียวยาความเสียหายตามกฎหมายเยอรมันนั้นมีสาเหตุหลักมาจากการชำระหนี้ล่าช้า (delay of

⁶ *Ibid.*, pp. 380, 420.

⁷ *Ibid.*, pp. 420-421.

performance) และการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัย (impossibility of performance) ซึ่งทั้งสองกรณีถือเป็นหลักทั่วไปที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และสำหรับการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ตามสัญญาประการอื่นที่ไม่อาจจัดเข้ากรณีการชำระหนี้ล่าช้าและการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยนั้น จำเป็นต้องอาศัยการปรับใช้ด้วยบทกฎหมายเฉพาะที่กำหนดอยู่ในเอกเทศสัญญาอันมีลักษณะที่จำกัดยิ่งอันได้แก่ หลักการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง (non-conforming performance) หรือ ‘Schlechtleistung’ ซึ่งพื้นฐานจากกฎหมายสัญญาโรมันที่มุ่งบังคับใช้ภายในขอบเขตของกฎหมายว่าด้วยลักษณะซื้อขาย (contract of sale) เท่านั้น และกระบวนการเยียวยาความเสียหายที่มีลักษณะเฉพาะตัวตามลักษณะของการซื้อขาย เช่น การบังคับให้อีกฝ่ายชำระหนี้ด้วยการส่งมอบสินค้าให้ถูกต้อง รวมทั้งการลดราคาสินค้า (price reduction) หรือหากความไม่ถูกต้องของการชำระหนี้ร้ายแรงอย่างยิ่งอาจนำไปสู่การมีสิทธิที่จะขอเลิกสัญญา (right to demand termination) หรือ ‘Wandelung’ ตามมาตรา 437 ซึ่งบัญญัติอยู่ในเอกเทศสัญญาซื้อขายได้อีกด้วย

นอกจากนี้มาตรา 280⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ได้ถูกบัญญัติขึ้นโดยมีเจตนารมณ์ที่มุ่งจะให้ถือเป็นหลักพื้นฐานเกี่ยวกับการผิดหน้าที่ (breach of duty) หรือ ‘Pflichtverletzung’ ซึ่งหมายความรวมทั้งการทำผิดต่อหนี้ตามกฎหมาย (legal obligation) หรือ ‘gesetzliches Schuldverhältnis’ และหนี้ตามสัญญา (contractual obligation) หรือ ‘vertragliches Schuldverhältnis’ และก่อตั้งสิทธิแก่เจ้าหนี้ในการเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดหน้าที่ของลูกหนี้ แต่ทั้งนี้ต้องเข้าใจว่าการทำผิดต่อหนี้ละเมิดตามมาตรา 823 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ไม่อยู่ในความหมายของการผิดหน้าที่ตามมาตรา 280 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันแต่อย่างใด⁹ และเมื่อกล่าวถึงเฉพาะการทำผิดต่อหนี้ตามสัญญา (breach of contractual

⁸ BGB Section 280 Damages for breach of duty

(1) If the obligor breaches a duty arising from the obligation, the obligee may demand damages for the damage caused thereby. This does not apply if the obligor is not responsible for the breach of duty.

(2) Damages for delay in performance may be demanded by the obligee only subject to the additional requirement of section 286.

(3) Damages in lieu of performance may be demanded by the obligee only subject to the additional requirements of sections 281, 282 or 283.

⁹ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 2, p. 380

obligation) อันเป็นส่วนหนึ่งของการผิดหน้าที่ (breach of duty) ตามระบบกฎหมายเยอรมันจึงแตกต่างไปจากการผิดสัญญา (breach of contract) ตามที่เข้าใจในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์¹⁰ อย่างไรก็ตามเพื่อความสะดวกในทางตำราอาจมีการเลือกใช้คำว่า การผิดสัญญา (breach of contract) แทนที่คำว่า การผิดหน้าที่ตามสัญญา (breach of contractual duty) ได้โดยที่ผู้ศึกษาตระหนักดีแล้วว่าการผิดสัญญาดังกล่าวนั้นต้องใช้ในความหมายจำกัดเฉพาะกรณีการทำผิดหน้าที่ตามสัญญาอันเป็นส่วนหนึ่งของการผิดหน้าที่ตามมาตรา 280 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เท่านั้น¹¹

ด้วยเหตุนี้สิทธิในการบอกเลิกสัญญาจึงมีเหตุมาจากการผิดหน้าที่หรือหนี้ตามสัญญาที่สำคัญยิ่งสองประการตามที่มาตรา 241 วรรคหนึ่งและสอง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ได้กำหนดอันได้แก่ การผิดหน้าที่ในการชำระหนี้ (duties of performance) หรือ ‘*Leistungspflichten*’ และการผิดหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังป้องกัน (duties of protection) หรือ ‘*Schutzpflichten*’

4.2.1.1 การผิดหน้าที่ในการชำระหนี้ (duties of performance)

มาตรา 323¹² ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ถือเป็นบทบัญญัติหลักที่ว่าด้วยการเลิกสัญญา (termination) ซึ่งก่อตั้งสิทธิให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่มีได้ผิดสัญญาให้สามารถบอกเลิกสัญญา

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² **BGB** Section 323 Revocation for nonperformance or for performance not in conformity with the contract

(1) If, in the case of a reciprocal contract, the obligor does not render an act of performance which is due, or does not render it in conformity with the contract, then the obligee may revoke the contract, if he has specified, without result, an additional period for performance or cure.

(2) The specification of a period of time can be dispensed with if

1. the obligor seriously and definitively refuses performance,
2. the obligor does not render performance by a date specified in the contract or within a period specified in the contract, in spite of the fact that, according to a notice given by the obligee to the obligor prior to conclusion of the contract or based on other circumstances attending at the time of its conclusion, the performance as per the date specified or within the period specified is of essential importance to the obligee, or

ได้หากว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีความรับผิดชอบไม่อาจปฏิบัติตามชำระหนี้ตอบแทนตามสัญญา (reciprocal obligation of performance) ตามมาตรา 241 วรรคหนึ่ง¹³ และมาตรา 323 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ได้วางหลักว่าถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ที่ถึงกำหนดชำระแล้วหรือไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องตามที่กำหนดในสัญญาต่างตอบแทน เจ้าหนี้อาจเลิกสัญญาได้เมื่อเจ้าหนี้ได้บอกกล่าวกำหนดเวลาเพิ่มเติมเพื่อให้ลูกหนี้ชำระหนี้หรือแก้ไขความไม่ถูกต้องเช่นนั้นแล้วแต่ลูกหนี้ยังคงเพิกเฉยจนล่วงพ้นกำหนดเวลาดังกล่าว โดยเจ้าหนี้จำเป็นต้องเปิดโอกาสให้ลูกหนี้ได้แก้ตัวครั้งหนึ่งเสียก่อน และเจ้าหนี้ฝ่ายที่มีผิดสัญญาต้องกำหนดเวลาพอสมควร (reasonable period) เพื่อให้ลูกหนี้ได้ปฏิบัติตามชำระหนี้ และเมื่อล่วงพ้นกำหนดเวลาไปซึ่งลูกหนี้คงไม่ชำระหนี้ตามที่กำหนดเจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิเลิกสัญญาได้ อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้นที่เจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวกำหนดเวลาเพิ่มเติมเพื่อให้ลูกหนี้ชำระหนี้แต่อย่างใดตามมาตรา 323 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ถ้ามีกรณีที่ลูกหนี้ปฏิเสธที่จะไม่ชำระหนี้อย่างเด็ดขาดและจริงจัง หรือกรณีที่กำหนดเวลาชำระหนี้ถือเป็นสาระสำคัญยิ่ง

3. in the case of work not having been carried out in accordance with the contract, special circumstances exist which, when the interests of both parties are weighed, justify immediate revocation.

(3) If the nature of the breach of duty is such that setting a period of time is out of the question, a warning notice is given instead.

(4) The obligee may revoke the contract before performance is due if it is obvious that the requirements for revocation will be met.

(5) If the obligor has performed in part, the obligee may revoke the whole contract only if he has no interest in part performance. If the obligor has not performed in conformity with the contract, the obligee may not revoke the contract if the breach of duty is trivial.

(6) Revocation is excluded if the obligee is solely or very predominantly responsible for the circumstance that would entitle him to revoke the contract or if the circumstance for which the obligor is not responsible occurs at a time when the obligee is in default of acceptance.

¹³ **BGB** Section 241 Duties arising from an obligation

By virtue of an obligation an obligee is entitled to claim performance from the obligor. The performance may also consist in forbearance.

สำหรับเจ้าหนี้เมื่อพิจารณาจากเจตนาที่เจ้าหนี้ได้แสดงหรือพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นในระหว่างการทำสัญญา หรือกรณีที่มีเหตุการณ์พิเศษเกิดขึ้นจนทำให้การตามที่กำหนดไว้ในสัญญาไม่อาจกระทำลงได้ ซึ่งเมื่อคำนึงถึงประโยชน์ส่วนได้เสียของคู่สัญญาสมควรที่จะให้มีการเลิกสัญญาได้โดยทันที เป็นต้น

การที่ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้บางอย่างใดๆ (failure of performance) ถือได้ว่าเป็นการผิดหน้าที่ตามสัญญา (breach of contractual duty) และสิทธิเลิกสัญญาย่อมเกิดขึ้นโดยคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ชำระหนี้ นั้นไม่จำเป็นต้องมีความรับผิดชอบหรือมีความผิดภายใต้หลักความผิด (the fault principle) ต่อการที่มีได้ชำระหนี้ตามสัญญานั้นเลย¹⁴ และอาจกล่าวได้ว่าความผิด (fault) ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ถือเป็นเงื่อนไขที่จำเป็น (pre-requisite) สำหรับการบอกเลิกสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่ง¹⁵ ส่วนการผิดสัญญาเนื่องจากการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง (Schechtleistung) ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 323 วรรคห้า ตอนท้าย ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ที่วางหลักต่อไปว่าสิทธิเลิกสัญญาของฝ่ายที่ไม่ผิดสัญญาจะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการผิดสัญญาในสาระสำคัญ (erheblich) อีกด้วย¹⁶

และในประเด็นเกี่ยวกับการกระทำผิดต่อความคาดหวัง (anticipatory breach) ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 323 วรรคสี่¹⁷ ซึ่งอาจทำให้เกิดสิทธิเลิกสัญญาแก่คู่กรณีอีกฝ่ายได้ทันทีแม้การชำระหนี้ของลูกหนี้จะยังไม่ถึงกำหนดก็ตาม¹⁸ และอีกทั้งลูกหนี้ต้องมีการแสดงออกอย่างจริงจัง (serious) จนทำให้เชื่อได้ว่าในท้ายที่สุดแล้วลูกหนี้จะปฏิเสธไม่ชำระหนี้ (final refuse to perform) แก่เจ้าหนี้ และด้วยเหตุนี้เองเจ้าหนี้จึงใช้สิทธิเลิกสัญญาต่อลูกหนี้ได้ก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ตามสัญญา¹⁹

¹⁴ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 2, p. 421

¹⁵ *Ibid.*, p. 388.

¹⁶ *Ibid.*, p. 422.

¹⁷ **BGB** Section 323 (4) “The obligee may revoke the contract before performance is due if it is obvious that the requirements for revocation will be met.”

¹⁸ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 2, pp. 401, 422, 430.

¹⁹ *Ibid.*, p. 431.

(1) การชำระหนี้ล่าช้า

มาตรา 323 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เป็นบทบัญญัติที่ทำให้หลักพื้นฐานตามกฎหมายเยอรมันที่ว่า การไม่ชำระหนี้ตามปกติย่อมไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่เจ้าหนี้ในการเลิกสัญญาได้ เว้นแต่เจ้าหนี้จะได้เรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้และบอกกล่าวกำหนดเวลาอันพอสมควร (period of grace) และแม้จะให้โอกาสเช่นนั้นแล้วลูกหนี้คงเพิกเฉยไม่ชำระหนี้จนพ้นกำหนดเวลาที่ได้รับดังกล่าว และเมื่อพ้นกำหนดเวลาดังกล่าวแล้วลูกหนี้ยังคงไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องผู้ซื้อจึงสามารถเลิกสัญญาได้ มีข้อสังเกตว่าการบอกกล่าวกำหนดเวลาพอสมควรให้ลูกหนี้ชำระหนี้ถือเป็นเงื่อนไขสำคัญก่อนที่เจ้าหนี้จะมีสิทธิเลิกสัญญา ซึ่งเป็นเช่นเดียวกับใช้สิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนการไม่ชำระหนี้ (right of claiming damages instead of performance) ตามมาตรา 281 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ที่เจ้าหนี้จะต้องบอกกล่าวกำหนดเวลาพอสมควรก่อนที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนการไม่ชำระหนี้ได้²⁰ และกำหนดเวลาที่เจ้าหนี้บอกกล่าวให้ชำระหนี้ต้องเป็นระยะเวลาที่เหมาะสม (reasonable length) อีกด้วย และแม้ว่ากำหนดเวลาที่เจ้าหนี้บอกกล่าวกำหนดแก่ลูกหนี้นั้นจะมีระยะสั้นเกินไป (too short) แต่ก็ยังไม่ถึงกับมีผลให้การการบอกกล่าวกำหนดเวลาของเจ้าหนี้ไม่สมบูรณ์เสียทีเดียว ทั้งนี้กำหนดเวลาที่สั้นเกินไปดังกล่าวอาจถูกยืดขยายได้ในภายหลัง (ex post) โดยศาล²¹ และถ้าเจ้าหนี้จงใจกำหนดเวลาให้สั้นเกินควรอาจถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ขาดความสุจริตอีกด้วย (lack of good faith)²²

อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้นที่เจ้าหนี้อาจไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวกำหนดเวลาเพื่อให้โอกาสลูกหนี้ชำระหนี้ถ้าหากมีเหตุอันสมควรตามที่มาตรา 323 วรรคสอง อันได้แก่ กรณีที่ลูกหนี้ปฏิเสธที่จะไม่ชำระหนี้อย่างแน่นอน หรือกรณีที่สัญญากำหนดให้การชำระหนี้ต้องกระทำลงภายในกำหนดเวลาที่ระบุในสัญญาและเป็นที่ชัดเจนว่าเจ้าหนี้จะไม่ได้รับประโยชน์จากการชำระหนี้ของลูกหนี้หากการชำระหนี้ได้กระทำลงเมื่อกำหนดเวลาตามสัญญาได้ล่วงพ้นไปแล้ว หรือเมื่อพิจารณาถึงเหตุผลพิเศษ (special reasons) และเมื่อคำนึงผลประโยชน์ส่วนได้เสียของคู่สัญญาทั้งสอง (interests of both parties) การเลิกสัญญาโดยทันทีจะเป็นสิ่งที่พึงประสงค์มากกว่า²³ รวมถึงกรณี

²⁰ *Ibid.*, p. 426.

²¹ *Ibid.*

²² G.H. Treitel, Remedies For Breach of Contract : A Comparative Account, 3rd Edition (Oxford: Clarendon Press, 1991) p. 327.

²³ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 2, pp. 426-427.

การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยตามมาตรา 275 ซึ่งเจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวให้ลูกหนี้ชำระหนี้อีกด้วยตามมาตรา 326 วรรคห้า ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เนื่องจากย่อมไม่ชอบด้วยเหตุผลอย่างยิ่งที่จะต้องบอกกล่าวให้ลูกหนี้ชำระหนี้ซึ่งได้กลายเป็นพ้นวิสัยไปแล้ว²⁴

ในกรณีของการชำระหนี้ล่าช้า (late performance) ถือเป็นหนึ่งในกรณีที่เข้าข้อยกเว้นซึ่งเจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวกำหนดเวลาพอสมควรให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามที่กำหนดไว้ในตอนที่สองของมาตรา 323 วรรคสองข้างต้น²⁵

(2) การชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามสัญญา (non-conforming performance)

รูปแบบดั้งเดิมของการไม่ชำระหนี้ที่อยู่ในประมวลกฎหมายเยอรมันอาจแบ่งแยกได้เป็นสองลักษณะ กล่าวคือการชำระหนี้ที่มีเหตุจากการที่ลูกหนี้ชำระหนี้ล่าช้า (delay) และการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย (impossibility) ซึ่งทั้งสองกรณีดังกล่าวอาจนำไปปรับใช้ได้ทั้งแก่กรณีที่ลูกหนี้ต้องชำระหนี้และกรณีที่การชำระหนี้ต้องกระทำภายในกำหนดเวลา อย่างไรก็ตามคู่สัญญาอาจตกลงเพิ่มเติมข้อสัญญาในเรื่องหน้าที่อย่างอื่นได้อีกด้วย และเมื่อลูกหนี้ไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามข้อสัญญาที่ตกลงไว้นั้นย่อมไม่อาจถือว่าเป็นการชำระหนี้ล่าช้าหรือการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยข้างต้นด้วยเหตุนี้ทำให้การปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในเวลาต่อมาได้ยอมรับหลักการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง (non-conforming performance) หรือ ‘*Schlechtleistung*’ ซึ่งแตกต่างไปจากแนวทางดั้งเดิมเพื่อเข้าอุดช่องว่างของการไม่ชำระหนี้อื่นๆ ซึ่งไม่อาจจัดเข้าด้วยกรณีการชำระหนี้ล่าช้าและการชำระหนี้พ้นวิสัยได้อย่างเหมาะสม และอาจกล่าวได้ว่าในปัจจุบันเรื่องการชำระหนี้ไม่ถูกต้องได้กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของหลักการไม่ชำระหนี้ในระบบกฎหมายเยอรมัน²⁶ และมีผลทำให้ไม่จะเป็นการชำระหนี้ที่ล่าช้า (delay) การชำระหนี้พ้นวิสัย (impossible) หรือการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง (non-conforming) ย่อมตกอยู่ภายใต้หลักการผิดหน้าที่ตามสัญญาทั้งสิ้น (breach of contractual duty)²⁷

มาตรา 323 วรรคห้า ตอนที่สอง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน วางหลักว่าแม้ลูกหนี้จะไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องตามสัญญาก็ตาม แต่เจ้าหนี้จะไต่ถามสิทธิเลิกสัญญาไม่ได้หากการผิดหน้าที่ตามสัญญาของลูกหนี้เป็นเรื่องเล็กน้อยหรือไม่ใช่สาระสำคัญของสัญญา ซึ่งถ้อยคำ

²⁴ *Ibid.*, p. 426.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*, p. 379.

²⁷ *Ibid.*, p. 387.

ภาษาเยอรมันเรียกว่า ‘*unerheblich*’ ซึ่งความหมายในภาษาอังกฤษทำนองว่า *insignificant*, *negligible* หรือ *slight* เป็นต้น²⁸ และในทางกลับกันย่อมเป็นที่เข้าใจได้ว่าการผิดหน้าที่ตามสัญญาในเรื่องสำคัญ (*Erheblichkeit of breach of duty*) ถือเป็นเงื่อนไขที่ทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิเลิกสัญญาโดยอาศัยเหตุแห่งการชำระหนี้ไม่ถูกต้องของลูกหนี้²⁹

ทั้งนี้ในบางครั้งการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องนั้นอาจถูกมองได้ว่ามีลักษณะของการชำระหนี้บางส่วน (*partial performance*) อีกด้วย แต่ในกรณีเช่นว่านั้นถ้าเป็นเรื่องเล็กน้อยก็ไม่ได้ทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิในการเลิกสัญญาบางส่วนได้ (*right of partial termination*) เนื่องจากการชำระหนี้ไม่ถูกต้องมิได้ทำให้เจ้าหนี้หลุดพ้นจากหนี้ต่างตอบแทน เจ้าหนี้จึงต้องได้รับการปกป้องผลประโยชน์ในทางอื่นด้วยการที่กฎหมายให้สิทธิเจ้าหนี้ในการขอลดราคาลงได้ (*right of price-reduction*) ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะเรื่องในแต่ละเอกเทศสัญญา เช่น มาตรา 441 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ผู้ซื้อขอลดราคาสินค้าในสัญญาซื้อขายเมื่อผู้ขายชำระหนี้ไม่ถูกต้อง เป็นต้น ดังนั้นกรณีของการชำระหนี้ไม่ถูกต้องซึ่งไม่ร้ายแรง (*trivial*) แม้เจ้าหนี้จะไม่อาจเลิกสัญญาได้แต่อาจเลือกที่จะขอให้ลดราคาซึ่งต้องชำระลงได้ และถ้ามีการชำระราคาไปแล้วแต่กลับไม่ได้สัดส่วนกับราคาขอที่ลดลง เจ้าหนี้อาจขอให้กลับคืนการชำระหนี้ตอบแทนแต่เพียงบางส่วน (*partial restitution of counter-performance*) โดยไม่มีการเลิกสัญญาต่อกันก็ได้ตามมาตรา 441 วรรคสี่ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน³⁰

การบอกกล่าวกำหนดเวลาพอสมควรให้ลูกหนี้ปฏิบัติการชำระหนี้้นอกจากนี้ปรับใช้แก่การชำระหนี้ล่าช้าแล้วยังนำมาปรับใช้แก่กรณีการชำระหนี้ไม่ถูกต้องอีกด้วย เช่น ถ้าผู้ขายส่งสินค้าที่ถูกต้องตามสัญญา (*non-conforming goods*) ผู้ซื้อต้องจำเป็นต้องกำหนดเวลาและเรียกให้ผู้ซื้อชำระหนี้ให้ถูกต้องเสียก่อนซึ่งรวมถึงการแก้ไขความชำรุดบกพร่องสินค้า (*curing the defect goods*) หรือส่งมอบสินค้าที่ถูกต้องตามสัญญา (*delivery conforming goods*) เป็นต้น³¹

และการชำระหนี้ไม่ถูกต้องของฝ่ายลูกหนี้จึงมิได้ทำให้เจ้าหนี้หลุดพ้นจากหน้าที่ชำระหนี้ตอบแทน (*counter-performance*) แต่เจ้าหนี้อาจเลือกที่จะใช้สิทธิบอกเลิก

²⁸ *Ibid.*, p. 388.

²⁹ *Ibid.*, p. 427.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*, p. 426.

สัญญาตามมาตรา 326 วรรคห้า ตอนที่สอง หรือขอลดราคาสินค้าหรือบริการลงตามมาตรา 441 หรือ 638 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน³²

(3) การไม่ชำระหนี้บางส่วน (partial non-performance)

สำหรับเงื่อนไขในการเลิกสัญญากรณีการไม่ชำระหนี้บางส่วนถูกกำหนดอยู่ในมาตรา 323 วรรคห้า ตอนที่หนึ่ง³³ ซึ่งเป็นที่แน่ชัดว่าบทบัญญัติกฎหมายมุ่งที่จะแบ่งแยกออกจากกรณีการเลิกสัญญาที่มีเหตุจากการชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามมาตรา 323 วรรคห้า ตอนที่สอง³⁴ แต่ทั้งนี้ข้อพิจารณาความแตกต่างระหว่างทั้งสองกรณีนั้นยังคงไม่เป็นที่ยุติ อย่างไรก็ตามในชั้นนี้อาจกล่าวได้ว่าการไม่ชำระหนี้บางส่วนนั้นมีความแตกต่างไปจากการไม่ชำระหนี้ทั้งหมด (total non-performance) ที่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 323 วรรคหนึ่ง³⁵ การผิดหน้าที่ตามสัญญาที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้แต่บางส่วน (partial absence of performance) การบอกเลิกสัญญาของเจ้าหนี้ตามมาตรา 323 วรรคห้า ตอนต้น ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ย่อมมีผลทำให้สัญญาทั้งหมดถูกยกเลิกไป ทั้งนี้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดสัญญานั้นจะต้องไม่ได้รับประโยชน์ใดๆ จากการชำระหนี้แต่บางส่วนนั้นจึงจะมีเหตุผลเพียงพอให้มีสิทธิเลิกสัญญาได้³⁶

ทั้งนี้การไม่ชำระหนี้บางส่วนเกิดขึ้นในความสัมพันธ์ของการชำระหนี้ที่อาจแบ่งได้แยกได้และการแบ่งแยกการชำระหนี้ออกเป็นส่วนๆ นั้นต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อเจตนารมณ์ตามสัญญาที่คู่สัญญาได้แสดงออกอีกด้วย กล่าวคือการแบ่งแยกการชำระหนี้ต้องเป็นไปได้ในทางความเป็นจริงและตามเจตนาของคู่สัญญาที่จะให้การชำระหนี้สามารถแบ่งแยกได้ เช่น สัญญาก่อสร้างที่มีการชำระเงินค่าจ้างเป็นงวดๆ หรือตามความคืบหน้าของงานก่อสร้าง เป็นต้น ในทางกลับกันตัวอย่างการชำระหนี้เกี่ยวกับการส่งมอบเครื่องคอมพิวเตอร์ที่มีทั้งซอฟต์แวร์ (software) และฮาร์ดแวร์ (hardware) ซึ่งหากลูกหนี้ตกลงที่จะรับดำเนินการทั้งหมดให้เสร็จสิ้นและเจ้าหนี้ตั้งใจที่จะทำสัญญา

³² *Ibid.*, pp. 410-411.

³³ **BGB** section 323 V (1) If the obligor has performed in part, the obligee may revoke the whole contract only if he has no interest in part performance.

³⁴ **BGB** section 323 V (2) If the obligor has not performed in conformity with the contract, the obligee may not revoke the contract if the breach of duty is trivial.

³⁵ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 2, p. 428.

³⁶ *Ibid.*, pp. 421-422.

เช่นนั้นเพื่อหลีกเลี่ยงความยุ่งยากในการจัดหาผู้รับจ้างรายอื่นนั้นตามปกติย่อมถือว่าเป็นการชำระหนี้ที่ไม่อาจแบ่งแยกการชำระได้ เป็นต้น ย่อมไม่ต้องด้วยกรณีการเลิกสัญญาที่อาศัยเหตุแห่งการไม่ชำระหนี้บางส่วนตามมาตรา 323 วรรคห้า ตอนที่หนึ่ง³⁷

ท้ายที่สุดเงื่อนไขสำคัญที่ใช้พิจารณาเพื่อให้เกิดสิทธิบอกเลิกสัญญาคือกรณีที่เจ้าหนี้จะได้ประโยชน์จากการรับชำระหนี้แต่บางส่วนอันเป็นหน้าที่ของเจ้าหนี้ที่ต้องพิสูจน์ให้เห็นก่อนการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้จำต้องพิจารณาว่า ความเสียหายที่เจ้าหนี้ได้รับย่อมมีมากกว่ายอมรับชำระหนี้ นั้น เนื่องจากแม้เจ้าหนี้จะมีสิทธิขอลดราคาก็ตาม แต่ประโยชน์ที่ได้รับจากราคาที่ลดลงนั้นไม่เพียงพอที่จะเยียวยาความเสียหายของเจ้าหนี้จากการไม่ได้รับชำระหนี้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์ตามมาตรา 323 วรรคห้า ตอนที่หนึ่ง³⁸

(4) การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย

การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยถือเป็นข้อยกเว้นของลูกหนี้ในการชำระหนี้ดังสุภาษิตละตินที่ว่า ‘*impossibilium nulla est obligatio*’ ลูกหนี้จึงไม่อาจถูกบังคับให้ต้องกระทำการในสิ่งซึ่งลูกหนี้นั้นไม่สามารถกระทำได้ ทั้งนี้ตามหลักกฎหมายเยอรมันก่อนมีการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้นได้วางหลักว่าลูกหนี้อาจมีความรับผิดชอบต่อการชำระหนี้ได้แม้ว่าการชำระหนี้ของลูกหนี้จะกลายเป็นพ้นวิสัยไปแล้วหากกว่าลูกหนี้มีความรับผิดชอบต่อการพ้นวิสัยในการชำระหนี้ นั้น อย่างไรก็ตามภายหลังการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิเลิกสัญญา (right of termination) ได้แม้ว่าการชำระหนี้ของลูกหนี้จะกลายเป็นพ้นวิสัยไปแล้วและไม่ว่าลูกหนี้จะมีความรับผิดชอบต่อการพ้นวิสัยในการชำระหนี้หรือไม่ก็ตาม และตามมาตรา 326 วรรคห้า เจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวกำหนดเวลาพอสมควรเพื่อให้โอกาสแก่ลูกหนี้ชำระหนี้ซึ่งได้กลายเป็นพ้นวิสัยไปแล้วอีกด้วย³⁹

เมื่อลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้เนื่องด้วยเหตุแห่งการพ้นวิสัยย่อมมีผลทำให้ลูกหนี้สูญเสียสิทธิที่เรียกให้เจ้าหนี้ชำระหนี้ตอบแทนตามมาตรา 323 วรรคหนึ่ง แต่ทั้งนี้หากเจ้าหนี้ได้มีการชำระหนี้ไปแล้วบางส่วน เจ้าหนี้จำเป็นต้องใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาเพื่ออาศัยผลเป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิมเป็นทางออกและเรียกร้องให้ลูกหนี้ส่งมอบหรือชดใช้เป็นตัวเงินซึ่งการชำระหนี้ใดๆ อันเจ้าหนี้ได้กระทำลงไปแล้วกลับคืนมา⁴⁰

³⁷ *Ibid.*, pp. 428-429.

³⁸ *Ibid.*, p. 429.

³⁹ *Ibid.*, pp. 406-407.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 429-430.

เจ้าหนี้อาจบอกเลิกสัญญากับลูกหนี้ได้ตามมาตรา 326⁴¹วรรคห้า ประกอบ มาตรา 275 วรรคสี่ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน หากลูกหนี้หลุดพ้นจากหนี้เนื่องจากการชำระหนี้ กลายเป็นพ้นวิสัยตามที่กำหนดในมาตรา 275⁴² ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน อันได้แก่ การชำระ

⁴¹ **BGB** Section 326 Release from consideration and revocation where the duty of performance is excluded

(1) If, under section 275 (1) to (3), the obligor is not obliged to perform, there is no entitlement to consideration; in the case of part performance, section 441 (3) applies with the necessary modifications. Sentence 1 does not apply if the obligor, in the case of failure to perform in conformity with the contract, does not, under section 275 (1) to (3), have to effect cure.

(2) If the obligee is solely or very predominantly responsible for the circumstance due to which the obligor does not, under section 275 (1) to (3), have to effect cure, or if this circumstance for which the obligor is not responsible occurs at a time when the obligee is in default of acceptance, the obligor retains the entitlement to consideration. However, he must allow to be credited against him what he saves due to release from performance or acquires or wilfully fails to acquire from other use of his labour.

(3) If the obligee demands, under section 285, return of reimbursement obtained for the object owed or assignment of the claim to reimbursement, he remains obliged to render consideration. However, the latter is reduced under section 441 (3) to the extent that the value of the reimbursement or of the claim to reimbursement falls short of the value of the performance owed.

(4) To the extent that the consideration that is not owed under this provision is effected, what is performed may be claimed back under sections 346 to 348.

(5) If, under section 275 (1) to (3), the obligor does not have to perform, the obligee may revoke; section 323 applies with the necessary modifications to the revocation, subject to the proviso that it is not necessary to specify a period of time

⁴² **BGB** Section 275 Exclusion of the duty of performance

หนักกลายเป็นพันธวิสัย (impossibility of performance) หรือการชำระหนี้จะก่อให้เกิดความลำบาก (practical impossibility) และเสียค่าใช้จ่ายอย่างมากแก่ลูกหนี้เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาแห่งหนี้และความสุจริตที่พึงมีต่อกันซึ่งก่อให้เกิดความไม่ได้สัดส่วนอย่างมาก (grossly disproportionate) ระหว่างภาระหนี้ของลูกหนี้กับผลประโยชน์เจ้าหนี้ หรือเมื่อเกิดอุปสรรคในการชำระหนี้ประเภทที่ลูกหนี้จำต้องชำระด้วยตัวเอง (the performance in person) อันซึ่งเป็นภาระหนัก (weighted) ยิ่งกว่าผลประโยชน์อันเจ้าหนี้พึงจะได้รับตามสัญญา และมาตรา 326 (5) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้กำหนดให้นำหลักการเลิกสัญญามาบังคับใช้โดยอนุโลมเท่าที่จำเป็นแก่กรณีการผิดสัญญาอันเนื่องจากการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยและถือว่าพันธวิสัยดังกล่าว⁴³ โดยการพันธวิสัยในการชำระหนี้ตามระบบกฎหมายเยอรมันอาจแบ่งแยกได้ดังต่อไปนี้

(4.1) การชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยตามมาตรา 275 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

บทบัญญัติดังกล่าวได้วางหลักให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากหนี้เนื่องจากการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยและทำให้ลูกหนี้เสียสิทธิที่จะเรียกให้เจ้าหนี้ชำระหนี้ตอบแทนเช่นกัน ไม่ว่า

(1) A claim for performance is excluded to the extent that performance is impossible for the obligor or for any other person.

(2) The obligor may refuse performance to the extent that performance requires expense and effort which, taking into account the subject matter of the obligation and the requirements of good faith, is grossly disproportionate to the interest in performance of the obligee. When it is determined what efforts may reasonably be required of the obligor, it must also be taken into account whether he is responsible for the obstacle to performance.

(3) In addition, the obligor may refuse performance if he is to render the performance in person and, when the obstacle to the performance of the obligor is weighed against the interest of the obligee in performance, performance cannot be reasonably required of the obligor.

(4) The rights of the obligee are governed by sections 280, 283 to 285, 311a and 326.

⁴³ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 2, p. 421.

การพ้นวิสัยในการชำระหนี้จะเกิดขึ้นก่อนหรือหลังการเข้าทำสัญญาและไม่ว่าลูกหนี้จะมีความรับผิดชอบต่อการพ้นวิสัยนั้นหรือไม่ก็ตาม และไม่ว่าการพ้นวิสัยในการชำระหนี้จะมีลักษณะเป็นการพ้นวิสัยในทางภาวะวิสัยหรืออัตวิสัยก็ตาม และเมื่อเปรียบเทียบกับมาตรา 275 ก่อนมีการแก้ไขนั้น ลูกหนี้จะหลุดพ้นจากหนี้ต่อเมื่อลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในเหตุแห่งการพ้นวิสัยในการชำระหนี้ดังกล่าวเท่านั้น⁴⁴ สำหรับการพ้นวิสัยในทางภาวะวิสัย (objective impossibility) ย่อมเกิดขึ้นต่อเมื่อมีกรณีที่บุคคลใดก็ตามก็ไม่สามารถชำระหนี้ได้ (nobody can perform the contract) เช่น ลูกหนี้ตกลงที่จะส่งมอบภาพเขียนที่เฉพาะเจาะจงอย่างยิ่งของศิลปินท่านหนึ่ง แต่ทั้งนี้ภาพเขียนดังกล่าวไม่มีอยู่แล้ว และมีเพียงแต่ของเลียนแบบเท่านั้น หรือภาพเขียนนั้นได้ถูกทำลายไปแล้ว เป็นต้น ส่วนการพ้นวิสัยในทางอัตวิสัย (subjective impossibility) จะเกิดขึ้นในกรณีที่เฉพาะลูกหนี้เท่านั้นที่ไม่อาจชำระหนี้ได้ เช่น ตามตัวอย่างข้างต้น ภาพเขียนนั้นมีอยู่จริงแต่เจ้าของปัจจุบันไม่ประสงค์ที่จะขายทำให้ลูกหนี้ไม่อาจจัดหาเพื่อมาส่งมอบตามสัญญาได้ เป็นต้น หลักการพ้นวิสัยในการชำระหนี้ที่แก้ไขใหม่ได้ถูกปรับใช้อย่างเคร่งครัดยิ่งทำให้การชำระหนี้ที่ลูกหนี้ยังพอที่จะสามารถกระทำได้เพียงแต่จะต้องสูญเสียเวลาและค่าใช้จ่ายมากขึ้นเท่านั้นย่อมไม่ถือว่าการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยตามมาตรา 275 วรรคหนึ่ง เช่น การซื้อขายรถยนต์คันหนึ่งซึ่งต่อมาได้สูญหายไปเห็นได้ว่าลูกหนี้ยังพอสามารถที่จะส่งมอบเงินเป็นจำนวนที่แน่นอนให้แก่เจ้าหนี้ได้ ซึ่งหากมีข้อเท็จจริงแค่เพียงเท่านั้นย่อมไม่อาจจะถือว่าการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยตามความหมายของมาตรา 275 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน หรือในทำนองเดียวกับกรณีที่ลูกหนี้จำเป็นต้องติดต่อบุคคลที่สามเพื่อจัดหาสินค้ามาส่งมอบให้แก่เจ้าหนี้อีกทอดหนึ่งและบุคคลที่สามมีความยินดีที่จะขายให้แก่ลูกหนี้ สถานการณ์เช่นนี้ย่อมไม่ถือว่าการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยในทางอัตวิสัย (subjective impossibility) แม้ว่าลูกหนี้จะมีภาระค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้านั้นก็ตาม กรณีเช่นนี้จึงไม่อยู่ในความหมายของมาตรา 275 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เช่นกัน⁴⁵ อย่างไรก็ตามการชำระหนี้ซึ่งลูกหนี้จำต้องชวนขวายใช้ความพยายามมากเกินไปที่ควรคาดหมายตามปกติ (unreasonable effort) อาจถือได้ว่าเป็นการพ้นวิสัยตามมาตรา 275 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน⁴⁶ ดังที่จะได้กล่าวในหัวข้อถัดไป

ดังที่กล่าวไปแล้วว่าเมื่อเข้าเงื่อนไขตามที่กำหนดในมาตรา 275 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ลูกหนี้ย่อมหลุดพ้นจากหน้าที่อันต้องชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง

⁴⁴ *Ibid.*, p. 409

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

(in specie) ทั้งนี้ย่อมขึ้นอยู่กับเนื้อหาของการชำระหนี้ตามที่กำหนดไว้ในสัญญา การซื้อขายทรัพย์สินทั่วไป (generic goods) ลูกหนี้ย่อมไม่อาจหลุดพ้นจากหนี้ได้เว้นแต่ว่าวัตถุแห่งการชำระหนี้ตามชนิดและประเภทที่กำหนดไว้ในสัญญาไม่มีหลงเหลืออยู่อีกต่อไปแล้ว (extinct) เว้นแต่จะมีการคัดเลือก (single out) ทรัพย์สินทั่วไปให้กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งที่มีความเจาะจงมากยิ่งขึ้นเพื่อประโยชน์ในการส่งมอบทรัพย์สินนั้นแก่เจ้าหนี้ตามสถานที่ซึ่งได้ตกลงกันตามมาตรา 243 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และสำหรับกรณีที่ผู้ขายมีหน้าที่แต่เพียงส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ขนส่ง (carrier) โดยไม่มีหน้าที่อื่นใดต้องกระทำอีกต่อไป (Schickschuld) ความรับผิดชอบในการชำระหนี้ย่อมสิ้นสุดลงในเวลาที่ผู้ขายได้ส่งมอบให้แก่ผู้ขนส่ง ถ้าสินค้าได้สูญหายหรือถูกทำลายลงระหว่างการขนส่งก่อนที่ผู้ซื้อได้รับสินค้าไว้ ผู้ขายย่อมไม่มีหน้าที่ต้องหาสินค้าเพื่อส่งมอบให้แก่ผู้ซื้ออีกเป็นครั้งที่สอง และผู้ขายย่อมหลุดพ้นจากหน้าที่หลักในอันจะต้องชำระหนี้ (primary obligation) ตามมาตรา 275 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และในทำนองเดียวกันการซื้อขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง (specific goods) หรือ ‘Stückschuld’ ถ้าผู้ขายจำต้องส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่งและภายหลังได้ทรัพย์สินนั้นได้ถูกทำลายหรือสูญหายไปสิ้นก่อนการส่งมอบ ผู้ขายย่อมหลุดพ้นจากหนี้ดังกล่าวมาแล้วข้างต้น⁴⁷

สำหรับหน้าที่ในการชำระหนี้ตอบแทน (counter-performance) ของเจ้าหนี้ย่อมได้รับการยกเว้น (released from obligation) ตามมาตรา 326 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เมื่อการชำระหนี้ของลูกหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยตามมาตรา 275 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ด้วยเหตุผลที่ว่าจะเป็นการไม่ยุติธรรม (not fair) หากว่าจะปล่อยให้เจ้าหนี้ต้องมีหน้าที่ชำระหนี้ตอบแทนให้แก่ลูกหนี้โดยที่เจ้าหนี้ไม่มีความรับผิดชอบใดๆ ในเหตุแห่งการพ้นวิสัยในการชำระหนี้ของลูกหนี้เลย (not responsible for the impediment) นอกจากนี้การชำระหนี้ใดๆ ที่ได้กระทำไปแล้วสามารถเรียกคืนได้ในภายหลังเมื่อได้มีการเลิกสัญญา (any amount already paid can be claimed back according to the rule of termination) ตามมาตรา 326 วรรคสี่ ประกอบกับมาตรา 346 ถึง 348 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน⁴⁸

(4.2) การชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยตามมาตรา 275 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

ดังที่พิจารณาไปแล้วข้างต้นว่ามาตรา 275 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน นำไปปรับใช้แก่กรณีการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยของลูกหนี้อย่างเคร่งครัด (strict sense) สำหรับกรณีการชำระหนี้ที่มีความยากลำบาก (onerous) ในส่วนที่เหลือนั้นแม้ว่าในทาง

⁴⁷ *Ibid.*, p. 410.

⁴⁸ *Ibid.*

เทคนิคอาจกล่าวได้ว่าลูกหนี้ยังสามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้อยู่และไม่ถือว่าเป็นการพ้นวิสัยในการชำระหนี้ตามมาตรา 275 วรรคหนึ่งนั้น ดังนั้นมาตรา 275 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มีความมุ่งหมายที่จะปรับใช้เพื่อให้ครอบคลุมแก่กรณีที่เหลือเหล่านั้นซึ่งอาจเรียกว่าเป็นการชำระหนี้พ้นวิสัยในทางปฏิบัติ (practical impossibility) โดยที่มิได้หมายความว่าความยากลำบาก (practically difficult) ในการที่จะต้องชำระหนี้ให้เป็นผลสำเร็จแต่เพียงอย่างเดียว ยิ่งกว่านั้นต้องรวมไปถึงความสิ้นเปลืองในทางเศรษฐกิจที่มากเกินไปจนควรคาดหมายได้ตามปกติ (unreasonable financial effort) จากฝ่ายลูกหนี้อีกด้วย และลูกหนี้อาจเหตุเช่นว่านั้นยกเป็นข้ออ้างในการไม่ชำระหนี้ได้แต่กระนั้นลูกหนี้อาจเลือกที่จะใช้ความพยายามที่จะชำระหนี้ต่อไปก็ได้ ซึ่งตัวอย่างที่ชัดเจนของมาตรา 275 วรรคสอง ได้แก่ การซื้อขายแหวนวงหนึ่งซึ่งระหว่างการส่งมอบได้พลัดหล่นลงไปในทะเลสาบ แหวนจมอยู่ในทะเลสาบนี้อย่างแน่นนอนและอาจกล่าวได้ว่ามีความเป็นไปได้ที่จะงมหาแหวนขึ้นมา แต่ที่สำคัญยิ่งกว่าคือค่าใช้จ่ายที่ต้องใช้ในการงมหาแหวนซึ่งอาจไม่ได้สัดส่วนอย่างมากเมื่อเทียบกับมูลค่าของแหวนวงนั้น นอกจากนี้มาตรา 275 วรรคสอง ได้กำหนดให้นำเรื่องความคาดหมายของลูกหนี้ในภาระค่าใช้จ่ายที่ต้องสิ้นเปลืองในการชำระหนี้เข้ามาพิจารณาอีกด้วย หมายความว่าหากความสิ้นเปลืองอย่างมากในการชำระหนี้นั้นมีเหตุมาจากความจงใจของลูกหนี้ เช่น ลูกหนี้ตั้งใจทิ้งแหวนลงไปในทะเลสาบ ลูกหนี้ย่อมสามารถคาดหมายได้ถึงค่าใช้จ่ายตามปกติที่ในการติดตามหาแหวนที่ก้นทะเลสาบแล้ว ลูกหนี้ย่อมไม่อาจที่จะกล่าวอ้างความยากลำบากที่ไม่ได้สัดส่วนอย่างมากในการชำระหนี้เพื่อให้ตนเองหลุดพ้นจากการชำระหนี้ที่พ้นวิสัยในทางปฏิบัติตามมาตรา 275 วรรคสอง ได้ กล่าวโดยสรุปมาตรา 275 วรรคสอง มุ่งที่จะปรับใช้แก่กรณีการพ้นวิสัยในทางปฏิบัติที่มีความร้ายแรงจริงๆ (extreme case)⁴⁹ ดังจะเห็นได้ว่าประโยชน์ของเจ้าหนี้อันพึงได้รับจากการชำระหนี้รายนี้ (the creditor's interest in obtaining performance) มีความสัมพันธ์กับกลไกของตลาดและการเพิ่มขึ้นหรือลดลงของมูลค่าที่เจ้าหนี้พึงได้รับจากการชำระหนี้เป็นเครื่องบ่งชี้ความคุ้มค่าเมื่อเทียบกับค่าใช้จ่ายที่ลูกหนี้ต้องสูญเสียไปเพื่อการชำระหนี้นั้น แต่ทั้งนี้ขอกล่าวอ้างในเรื่องความสิ้นเปลืองในทางเศรษฐกิจนี้ต้องไม่นำมาปะปนกับกรณีของมาตรา 313 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งตั้งอยู่บนฐานของหลักการที่เกี่ยวกับรากฐานของนิติกรรมสัญญา (doctrine of the foundation of the transaction) ซึ่งกรณีหลังนี้มุ่งพิจารณาประโยชน์ของลูกหนี้ในการปฏิเสธการชำระหนี้ (the debtor's interest in refusing performance) เป็นสำคัญ⁵⁰

⁴⁹ *Ibid.*, p. 413.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 413-414.

ทั้งนี้สัญญาบางลักษณะที่มุ่งเน้นต่อการชำระหนี้ในทางปฏิบัติเป็นสำคัญ และถือเป็นข้อจำกัดในของการพ้นวิสัยในทางปฏิบัติตามมาตรา 275 วรรคสอง เช่น สัญญาจ้างทำงาน (contract for work) หรือ ‘*Werkvertrag*’ ตามมาตรา 631 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งผู้รับจ้างตกลงที่จะทำการงานให้สำเร็จตามสัญญา กล่าวคือผู้รับจ้างตกลงยอมรับความเสี่ยงในการชำระหนี้ทั้งหมดแม้ว่าในเวลาต่อมาจะเกิดความยากลำบากในการชำระหนี้เกินกว่าที่คาดหมายไว้ก็ตาม และในทำนองเดียวกันสัญญาซื้อขายทรัพย์สินทั่วไป (sale of generic goods) ซึ่งผู้ขายตกลงที่จะส่งมอบทรัพย์สินประเภทหนึ่งตามจำนวนที่กำหนด แม้ว่าการจัดหาทรัพย์สินประเภทดังกล่าวในท้องตลาดจะมีความยากลำบากมากขึ้นกว่าที่คาดหมายผู้ขายก็จะต้องรับความเสี่ยงนั้น⁵¹ แต่ในทางกลับกันในสัญญาซื้อขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง (sale of specific good) นั้น ถ้าทรัพย์สินเฉพาะสิ่งถูกทำลายไปสิ้น การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยซึ่งลูกหนี้ย่อมหลุดพ้นจากหน้าที่ในการส่งมอบทรัพย์สินนั้นตามมาตรา 275 วรรคหนึ่ง และ 433 วรรคหนึ่ง ทั้งนี้ผู้ขายย่อมไม่มีสิทธิเรียกให้ผู้ซื้อชำระราคาเป็นการตอบแทน กล่าวคือทั้งสองฝ่ายต่างหลุดพ้นจากหนี้ (both are released) อย่างไรก็ตามกรณีการชำระหนี้ตามสัญญาซื้อขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่งซึ่งมิได้กลายเป็นพ้นวิสัยตามมาตรา 275 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน หากแต่เกิดความยากลำบากในการชำระหนี้ขึ้นนั้นสมควรที่จะให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามมาตรา 275 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน หรือไม่เพียงใด เช่น สัญญาซื้อขายรถยนต์มือสองคันหนึ่งราคา 10,000 € ซึ่งต่อมาได้ถูกขโมยไปและภายหลังรถคันดังกล่าวได้ถูกพบที่ชายแดนอันห่างไกล ซึ่งถ้าลูกหนี้นำกลับมาจำต้องเสียค่าใช้จ่ายมากถึง 12,000 € ซึ่งมากเกินกว่าราคาหรือมูลค่าของสัญญาดังกล่าว (contract price) อีกทั้งมีข้อเท็จจริงต่อไปว่าผู้ซื้อจะนำรถยนต์ไปขายต่อในราคา 20,000 € เป็นต้น มีความเห็นแบ่งเป็นสองแนวทางในเรื่องดังกล่าว แนวความเห็นแรกซึ่งประกอบด้วย Huber และ Ackerman เห็นว่าผู้ขายไม่ควรที่จะต้องเสียค่าใช้จ่ายมากกว่ามูลค่าของสัญญา (contract price) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เหตุซึ่งก่อให้เกิดความยุ่งยากในการชำระหนี้นั้นมิได้เกิดขึ้นจากพฤติกรรมที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ ด้วยเหตุนี้ลูกหนี้จึงควรที่จะหลุดพ้นจากหนี้ตามสัญญาโดยให้ถือเป็นกรณีที่ลูกหนี้หลุดพ้นจากหนี้ตามมาตรา 275 วรรคสอง ส่วนแนวความเห็นสอง Canaris เห็นว่าผู้ขายควรที่จะผูกพันต่อการชำระหนี้ตราบเท่าที่สามารถกระทำได้ และเนื่องด้วยไม่อาจถือว่าลูกหนี้หลุดพ้นจากหนี้ตามมาตรา 275 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ทำให้ผู้ขายมีความรับผิดชอบผู้ซื้อในค่าเสียหายแทนการชำระหนี้ (damages instead of performance) ตามมาตรา 280 และ 281 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน จากการจงใจ (deliberately) ผิดหน้าที่ในการชำระหนี้ (breach of duty of performance) หรือละเลยไม่เอาใจ

⁵¹ *Ibid.*, p. 415

ใส่ต่อการนั้น (negligent) ซึ่งอาจมีมูลค่าความเสียหายสูงถึง 20,000 € และนอกจากนี้ลูกหนี้ยังมีภาระการพิสูจน์เพื่อให้ตนเองหลุดพ้นจากความรับผิดชอบว่านั่นอีกด้วย⁵²

(4.3) การชำระหนี้เป็นพันธวิสัยตามมาตรา 275 วรรคสาม ประมวล

กฎหมายแพ่งเยอรมัน

การชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยประเภทที่สามได้แก่ การพันธวิสัยในทางศีลธรรม (moral impossibility) ซึ่งอันที่จริงการชำระหนี้นั้นไม่อาจกล่าวได้อย่างชัดเจนว่ากลายเป็นพันธวิสัย แต่เนื่องจากการชำระหนี้ไม่อาจคาดเห็นอย่างสมเหตุสมผลว่าลูกหนี้ควรต้องชำระหนี้หรือไม่ เมื่อเกิดเหตุเช่นนั้นมาตรา 275 วรรคสาม เปิดโอกาสให้ลูกหนี้สามารถกล่าวอ้างเหตุที่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมดังกล่าวเพื่อปฏิเสธไม่ชำระหนี้ได้ แต่ทั้งนี้มิให้ถือว่าลูกหนี้หลุดพ้นจากหน้าที่ในการชำระหนี้ตามที่กฎหมายกำหนด (ex lege) และจำกัดเฉพาะรูปแบบที่การชำระหนี้จำเป็นต้องใช้ฝีมือเฉพาะของลูกหนี้เท่านั้นอีกด้วย สำหรับการปรับใช้ในทางปฏิบัติของการพันธวิสัยในทางศีลธรรมยังไม่เกิดขึ้นอย่างกว้างขวางนัก ทั้งนี้ตัวอย่างในทางตำราของกรณีการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยในทางศีลธรรมย่อได้แก่ นักร้องโอเปร่าหญิงปฏิเสธที่จะทำการแสดงในระหว่างที่ลูกชายของเธอกำลังป่วยหนัก เป็นต้น และศาลเยอรมันเคยวินิจฉัยไว้ในคดี BAG NJW 1983, 2782 ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าบุคคลผู้มีสัญชาติตุรกี (Turkish) ไม่อาจเดินทางเข้ามาทำงานที่ประเทศเยอรมันตามสัญญาได้ เนื่องจากถูกเรียกตัวเพื่อเกณฑ์ทหารรับใช้ชาติ (government draft) เพราะการฝ่าฝืนหมายเรียกมีโทษถึงขั้นประหารชีวิต เป็นต้น และด้วยเหตุที่มีบทบัญญัติเช่นนี้อาจทำให้ศาลเยอรมันสามารถนำไปใช้แก้ไขปัญหาคอพิพาที่อาจเกิดขึ้นอย่างหลากหลายได้ในอนาคต⁵³

นอกจากนี้การเลิกสัญญาเนื่องจากมีเหตุตามมาตรา 275 ซึ่งฝ่ายเจ้าหนี้อาจใช้สิทธิเลิกสัญญาไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวกำหนดเวลาพอสมควรให้ลูกหนี้ชำระหนี้แต่อย่างใด เนื่องจากไม่สอดคล้องต่อเหตุผลอย่างหนึ่งที่กำหนดให้เจ้าหนี้บอกกล่าวให้ลูกหนี้ชำระหนี้ที่เป็นพันธวิสัยแล้ว⁵⁴ มาตรา 326 (5) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน จึงละเว้นไม่ได้กำหนดถึงการบอกกล่าวกำหนดเวลาพอสมควรในกรณีการชำระหนี้เป็นพันธวิสัย แต่ในทางกลับกันการบอกกล่าวกำหนดเวลาพอสมควรถือเป็นเงื่อนไขสำคัญก่อนการใช้สิทธิเรียกให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนการชำระหนี้ตามมาตรา 283 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ดังนั้นหน้าที่ชำระหนี้ (duty of performance) ของลูกหนี้อาจได้รับการยกเว้น (be excluded) เนื่องจากการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยทั้งหลายตาม

⁵² *Ibid.*, p. 417.

⁵³ *Ibid.*, p. 418.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 426.

มาตรา 275 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน แต่คู่สัญญาอีกฝ่ายอาจมีสิทธิบอกเลิกสัญญา (termination) หรือเรียกค่าเสียหาย (recover damages) หรือเรียกทรัพย์สินของแทน (surrogate) ซึ่งลูกหนี้ได้รับจากบุคคลภายนอกเนื่องจากเหตุแห่งการพ้นวิสัยได้อีกด้วย⁵⁵ อย่างไรก็ตามหากเจ้าหนี้มีความไม่มั่นคงแน่นอนในเรื่องการหลุดพ้นจากหนี้ต่างตอบแทนในระหว่างที่เหตุแห่งพ้นวิสัยในการชำระหนี้ของลูกหนี้ยังไม่เป็นที่ยุติ เจ้าหนี้อาจเลือกที่จะใช้วิธีการบอกกล่าวกำหนดเวลาพอสมควรเพื่อให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามการชำระหนี้ก่อนการใช้สิทธิเลิกสัญญาตามมาตรา 326 วรรคห้า และ 323 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ได้อีกด้วย⁵⁶

4.2.1.2 การผิดหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ (duties of protection)

มาตรา 324⁵⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กำหนดให้เจ้าหนี้มีสิทธิเลิกสัญญาได้แม้ว่าลูกหนี้จะได้ปฏิบัติหน้าที่ในการชำระหนี้ (duties of performance) ตามมาตรา 241 วรรคหนึ่งเนื่องด้วยหน้าที่ตามสัญญาของลูกหนี้เกินความกว้างขวางกว่านั้น กล่าวคือการที่ลูกหนี้ฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังป้องกัน (duties of protection) ในอันที่จะไม่กระทำการที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์เกินกว่าเจ้าหนี้ยอมรับได้ตามสัญญา เช่น ผู้รับจ้างตามสัญญาทาสีบ้านต้องปฏิบัติตามสัญญาด้วยความระมัดระวังโดยต้องไม่ทำให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินอื่นของผู้ว่าจ้างโดยไม่จำเป็นหรือไม่เอาใจใส่ต่อการกระทำ (constantly and recklessly damaged other object) ซึ่งการสร้างปัญหาเรื้อรังหรืออย่างร้ายแรงในการปฏิบัติตามการชำระหนี้อาจทำให้เจ้าหนี้เลือกที่จะใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาด้วยเหตุที่ลูกหนี้ผิดหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังป้องกันข้างต้นได้อีกด้วย⁵⁸

4.2.2 วิธีการการบอกเลิกสัญญา

สิทธิในการเลิกสัญญาถือเป็นสิทธิลำดับรอง (secondary right) ของเจ้าหนี้หรือคู่สัญญาที่มีได้เป็นฝ่ายผิด เช่นเดียวกับสิทธิที่เรียกร้องค่าเสียหายแทนการชำระหนี้ (claim for

⁵⁵ *Ibid.*, p 407

⁵⁶ *Ibid.*, p. 430.

⁵⁷ **BGB** Section 324 Revocation for breach of a duty under section 241 (2)

If the obligor, in the case of a reciprocal contract, breaches a duty under section 241 (2), the obligee may revoke the contract if he can no longer reasonably be expected to uphold the contract.

⁵⁸ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 2, p. 432.

damage instead of performance) ตามมาตรา 281 วรรคหนึ่ง หรือสิทธิในการขอยุ่ยาวความเสียหายจากการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง (remedies for non-conforming performance) เช่น มาตรา 437 และ 634 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งสิทธิลำดับรองดังกล่าวมีความแตกต่างจากสิทธิบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงซึ่งถือเป็นสิทธิลำดับแรก (primary right) ที่เป็นการความหมายหลักของผู้รับสัญญาหรือเจ้าหนี้ตามสัญญา⁵⁹ ทั้งนี้การใช้สิทธิลำดับรองเช่นว่าเจ้าหนี้ต้องบอกกล่าวกำหนดเวลาพอสมควร (period of grace) หรือ ‘*Nachfrist*’ เสียก่อน เพื่อให้ลูกหนี้มีโอกาสนำไปปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาเป็นครั้งสุดท้าย อีกทั้งเจ้าหนี้ต้องกำหนดระยะเวลาอย่างเหมาะสม (reasonable length) หรือ ‘*angemessen*’ แต่กำหนดเวลานั้นอาจสั้นกว่า (shorter) กำหนดเวลาชำระหนี้ที่ตกลงไว้แต่เดิมในสัญญาก็ได้ หากการกำหนดเวลาที่ไม่เหมาะสมหรือสั้นเกินไป (too short) อาจถูกปรับแก้ไขให้เหมาะสมได้ภายหลังโดยศาลเยอรมัน⁶⁰ อย่างไรก็ตามการกำหนดเวลาพอสมควรนั้นย่อมไม่มีความจำเป็นในกรณีของการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัย เนื่องจากจะน่าจะไม่เหมาะสมอย่างยิ่งหากว่าเจ้าหนี้ต้องบอกกล่าวกำหนดเวลาเพื่อให้ลูกหนี้ชำระหนี้ที่กลายเป็นพันธวิสัยไปแล้ว ก่อนที่ตนจะมีสิทธิเลิกสัญญาหรือใช้สิทธิลำดับรองประการอื่น เจ้าหนี้จึงสามารถบอกเลิกสัญญาได้โดยพลันตามมาตรา 326 วรรคห้า ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และเรียกค่าเสียหายแทนการชำระหนี้ตามมาตรา 311a วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ประกอบ 281 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน นอกจากนี้เหตุที่เจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวกำหนดเวลาพอสมควรยังได้แก่กรณีที่ลูกหนี้ปฏิเสธไม่ชำระหนี้อย่างแน่นอน เป็นต้น⁶¹ ด้วยเหตุนี้อย่างน้อยก็โดยหลักการทำให้การเลิกสัญญาตามระบบกฎหมายเยอรมันส่วนใหญ่จะยังกระทำไม่ได้จนกว่าจะได้มีการบอกกล่าวกำหนดเวลาพอสมควรให้อีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้เสียก่อนตามมาตรา 323 วรรคหนึ่ง⁶² และมีข้อยกเว้นที่

⁵⁹ *Ibid.*, p. 400.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 401.

⁶¹ *Ibid.*, p. 401

⁶² **BGB** Section 323 Revocation for nonperformance or for performance not in conformity with the contract

(1) If, in the case of a reciprocal contract, the obligor does not render an act of performance which is due, or does not render it in conformity with the contract, then the obligee may revoke the contract, if he has specified, without result, an additional period for performance or cure.

ไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวกำหนดเวลาพอสมควรในบางกรณีดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 323 วรรคสอง⁶³ เช่น กรณีที่เห็นได้ชัดว่าลูกหนี้จะไม่ชำระหนี้อย่างแน่นอน เป็นต้น

เมื่อการใช้สิทธิเลิกสัญญาถือเป็นมาตรการเยียวยาความเสียหายจากการผิดสัญญา (remedies for breach of contract) ด้วยเหตุนี้ทำให้การเลิกสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมันจะเกิดผลเป็นการเลิกสัญญาขึ้นได้ (effected) ต้องมีการแสดงเจตนา (declaration of will) ของคู่สัญญาที่มีได้เป็นฝ่ายผิด และการบอกเลิกสัญญาจึงถือเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว (unilateral act) ตามมาตรา 349 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน⁶⁴ และเป็นอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมาย (*Gestaltungsrecht*) ที่จะทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงซึ่งความสัมพันธ์ทางหนี้ตามสัญญานั้น (power to change the content of contractual obligation) นอกจากนี้การใช้สิทธิเลิกสัญญาไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งแต่อย่างใด (termination does not therefore negative consent) และผลในลักษณะย้อนหลังของการเลิกสัญญา (consequence of termination) ในเรื่องของหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (rule of restitution) เป็นผลโดยตรงที่เกิดขึ้นจากการที่สัญญาระงับสิ้นไป⁶⁵

⁶³ (2) The specification of a period of time can be dispensed with if

1. the obligor seriously and definitively refuses performance,
2. the obligor does not render performance by a date specified in the contract or within a period specified in the contract, in spite of the fact that, according to a notice given by the obligee to the obligor prior to conclusion of the contract or based on other circumstances attending at the time of its conclusion, the performance as per the date specified or within the period specified is of essential importance to the obligee, or

3. in the case of work not having been carried out in accordance with the contract, special circumstances exist which, when the interests of both parties are weighed, justify immediate revocation

⁶⁴ **BGB** Section 349 Declaration of revocation

Revocation is effected by declaration to the other party.

⁶⁵ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 2, p. 420.

แม้ว่าการบอกกล่าวกำหนดเวลาพอควรให้ชำระหนี้ (notice) จะไม่มีการกำหนดรูปแบบที่ตายตัวแต่เข้าใจว่าต้องครบถ้วนด้วยเนื้อหาสาระที่สำคัญในสองประการซึ่งได้แก่ ประการที่หนึ่งเจ้าหนี้ผู้บอกกล่าวต้องเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ภายในกำหนดเวลาและเวลาที่กำหนดต้องเหมาะสม ประการที่สองต้องมีเนื้อหาที่แสดงว่าจะหากพ้นกำหนดที่ได้บอกกล่าวแล้วลูกหนี้ยังคงไม่ชำระหนี้ นั้น ผู้บอกกล่าวจะใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยทันที และการเลิกสัญญาย่อมเกิดขึ้นทันทีเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาที่บอกกล่าวโดยไม่จำเป็นต้องมีการแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญาซ้ำอีกครั้งหนึ่งแล้วแต่กรณี⁶⁶

การใช้สิทธิเลิกสัญญามีผลสมบูรณ์โดยไม่จำเป็นต้องได้รับการยืนยันใดๆ จากศาล (be pronounced by the court) ของระบบกฎหมายเยอรมันมีความแตกต่างจากระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่การเลิกสัญญาจำเป็นต้องมีการกลั่นกรองจากศาลฝรั่งเศสเสียก่อน การบอกเลิกสัญญาของระบบกฎหมายเยอรมันนั้นจึงมีความคล้ายคลึงกับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มากกว่าระบบกฎหมายฝรั่งเศส⁶⁷

อย่างไรก็ตามสิทธิในการเลิกสัญญาของเจ้าหนี้จำเป็นต้องอยู่บนฐานที่ว่าเจ้าหนี้มีความซื่อสัตย์ (whole faithful) ที่อันที่จะบอกเลิกสัญญา ซึ่งถ้าการผิดหน้าที่ตามสัญญาของลูกหนี้เกิดขึ้นโดยที่เจ้าหนี้มีส่วนในความรับผิดชอบดังกล่าว รวมทั้งกรณีที่การผิดหน้าที่ตามสัญญาของลูกหนี้เกิดขึ้นในระหว่างที่เจ้าหนี้รับชำระหนี้ล่าช้า (delay of acceptance) หรือเกิดขึ้นจากความผิดของฝ่ายเจ้าหนี้ ‘*mora creditoris*’ ย่อมมีผลทำให้เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิโดยชอบในการเลิกสัญญานั้นตามมาตรา 323 วรรคหก ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน⁶⁸

4.2.3 ผลของการเลิกสัญญา (consequence of termination)

วัตถุประสงค์สำคัญของการใช้สิทธิเลิกสัญญามีสองประการดังที่กล่าวมาแล้วอันได้แก่ ประการที่หนึ่งการระงับสิ้นไปซึ่งหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายที่เลิกสัญญาจากการชำระหนี้ตอบแทนหรือชำระราคา และประการที่สองทำให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิมมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ด้วยเหตุนี้การเลิกสัญญาจึงมุ่งก่อให้เกิดผลสองประการกล่าวคือ ประการที่หนึ่งการเลิกสัญญาทำให้หน้าที่ในการปฏิบัติชำระหนี้ (duties of performance) ของคู่สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีผลย้อนหลัง (ex nunc) ประการที่สองทำให้หน้าที่ในการปฏิบัติชำระหนี้ข้างต้นได้เปลี่ยนรูป (transformed) หรือเกิดผล

⁶⁶ G.H. Treitel, *supra* note 22, pp. 327-328.

⁶⁷ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 2, p. 388

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 431-432.

ย้อนกลับ (reversed) ไปเป็นหน้าที่ในการทำให้กลับคืนซึ่งการชำระหนี้ (duties of restitution of performance) ซึ่งเรียกว่าการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของความสัมพันธ์ทางหนี้ (restitutionary relationship of obligation) หรือ ‘*Rückgewährschuldverhältnis*’ และเมื่อมีหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมที่ใช้สำหรับการเลิกสัญญาแล้วทำให้ไม่จำเป็นที่จะต้องนำหลักการของลาภมิควรได้ (unjustified enrichment) มาปรับใช้โดยอนุโลม อีกทั้งการเลิกสัญญาได้กระทำต่อสัญญาที่มีผลสมบูรณ์ทุกประการด้วยเหตุนี้จะทำให้ไม่มีผลย้อนหลังจากการเลิกสัญญา เนื่องจากการชำระหนี้ใดๆ ที่กระทำลงไปแล้วย่อมมีมูลฐานของสัญญาที่สมบูรณ์รองรับอยู่ (causa)⁶⁹

4.2.3.1 ผลของการเลิกสัญญาทั่วไป

ผลของการเลิกสัญญาถูกบัญญัติอยู่ในมาตรา 346⁷⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งกำหนดให้คู่กรณีเกิดการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (restitutio in integrum) เท่าที่เป็นไปได้ และคู่กรณีแต่ละฝ่ายจะถูกคาดหวังให้ส่งมอบคืนประโยชน์ทั้งหลายที่ตนได้รับมาจากอีกฝ่าย หลักการดังกล่าวปรับใช้ทั้งกรณีการเลิกสัญญาที่เกิดจากกรณีที่คู่สัญญามีสิทธิเลิกสัญญาตามข้อสัญญา (the parties have reserved right of termination) หรือ ‘*vertragliches Rücktrittsrecht*’ และกรณีการใช้สิทธิเลิกสัญญาที่เกิดขึ้นตามบทบัญญัติกฎหมาย (statutory right of termination)

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 420, 432-433.

⁷⁰ **BGB** Section 346 Effects of revocation

(1) If one party to a contract has contractually reserved the right to revoke or if he has a statutory right of revocation, then, in the case of revocation, performance received and emoluments taken are to be returned.

(2) In lieu of restitution or return, the obligor must provide compensation for value, to the extent that 1. restitution or return is excluded by the nature of what has been obtained, 2. he has used up, disposed of, encumbered, processed or redesigned the object received, 3. the object received has deteriorated or has been destroyed; but deterioration that is caused by the object being used in accordance with its intended use is not taken into account.

If consideration is specified in the contract, then this is to be used as a basis when the compensation for value is calculated; if compensation for value for the benefit of use of a loan is to be paid, it can be shown that the value of the benefit of use was lower.

หรือ ‘gesetzliches Rücktrittsrecht’ และหากผลประโยชน์จะต้องคืนให้แก่อีกฝ่ายเกิดการพ้นวิสัย ไม่อาจส่งมอบคืนได้ในความเป็นจริง มาตรา 346 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กำหนดให้ ต้องชดใช้คืนเป็นตัวแทนมูลค่าแห่งผลประโยชน์อันพึงต้องชำระคืนนั้น (compensate for value of the performance) ทั้งนี้มีข้อยกเว้นตามมาตรา 346 วรรคสาม ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ในกรณีที่ผู้ขายได้ชำระหนี้โดยการส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อ และต่อมาสินค้าได้ถูกทำลายลงไป (get destroyed) ในระหว่างที่อยู่ในความครอบครองของผู้ซื้อ แม้ว่าที่ผู้ซื้อจะได้ใช้ความระมัดระวัง ตามปกติแล้วก็ตาม (diligentia quam in sui)⁷¹

4.2.3.2 ผลของการเลิกสัญญาที่มีลักษณะต่อเนื่องอย่างต่อเนื่อง

สัญญาที่มีลักษณะต่อเนื่องอย่างต่อเนื่อง (continuing contract) หรือที่เรียกกันใน ภาษาเยอรมันว่า ‘Dauerschuldverhältnisse’ หมายถึง สัญญาที่แต่ละฝ่ายไม่สามารถปฏิบัติชำระ หนี้ให้เสร็จสิ้นในคราวเดียว (contract which are not fulfilled by single acts of performance on each side) แต่ต้องมีการปฏิบัติชำระหนี้อย่างต่อเนื่องไปในช่วงเวลาหนึ่ง (which require continuing acts of performance over a period of time) เช่น สัญญาเช่า ‘Miete’ สัญญาเช่า ในลักษณะเก็บกิน (usufructuary leases) หรือ ‘Pacht’ สัญญาเข้าหุ้นส่วน ‘Gesellschaft’ และ สัญญาจ้างแรงงาน ‘Dienstvertrag’ เป็นต้น และสัญญาที่มีลักษณะต่อเนื่องอย่างต่อเนื่องข้างต้นมี ความสำคัญเนื่องจากเป็นข้อยกเว้นที่ไม่อาจนำการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (regime of restitution) ตาม มาตรา 346 เข้ามาปรับใช้แก่สัญญาต่อเนื่อง⁷²

โดยนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากสัญญาต่อเนื่องนั้นเป็นความสัมพันธ์ระยะยาวที่อาจจะ มีกำหนดเวลาสิ้นสุดที่แน่นอนหรือยังไม่แน่นอนก็ได้ ซึ่งในกรณีที่ไม่มีกำหนดเวลาสิ้นสุดของสัญญาที่ แน่นนอน (an indeterminate period of time) คู่สัญญาทั้งสองอาจบอกกล่าวล่วงหน้าเพื่อให้มีผล เป็นการเลิกสัญญาในอนาคตได้ (both parties may terminate the contract with effects for the future by giving notice) ส่วนจะต้องบอกกล่าวล่วงหน้านานเท่าใดนั้นย่อมขึ้นอยู่กับสภาพของ สัญญานั้นๆ เช่น การบอกกล่าวเพื่อเลิกสัญญาจ้างแรงงานย่อมขึ้นอยู่กับว่าระยะเวลาที่ได้มีการจ้าง งานต่อกัน ตามมาตรา 622 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เป็นต้น และสิทธิในการบอกกล่าวล่วงหน้า เพื่อเลิกสัญญา (right to give notice) ถือเป็นสิทธิทั่วไปของคู่สัญญาในการเลิกสัญญาที่มีลักษณะ ต่อเนื่อง (the ordinary right to terminate such continuing contract) หรือที่เรียกใน

⁷¹ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 2, p. 389.

⁷² *Ibid.*, p. 436.

ภาษาเยอรมันว่า ‘*ordentliche Kündigung*’ ซึ่งสิทธิทั่วไปในการเลิกสัญญาที่มีลักษณะต่อเนื่องนี้ไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นจากการผิดสัญญาแต่อย่างใด⁷³

สำหรับการเลิกสัญญาที่มีลักษณะเป็นมาตรการเยียวยาความเสียหายจากการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่าฝืนต่อสัญญาที่ก่อขึ้นอย่างต่อเนื่อง ถือเป็นสิทธิในกรณีเฉพาะ (special right) ที่เรียกในภาษาเยอรมันว่า ‘*außerordentliche Kündigung*’ ซึ่งหมายถึง สิทธิบอกล่วงหน้าเพื่อเลิกสัญญาในกรณีพิเศษ (an extra ordinary right to giving notice) ตามที่บัญญัติไว้ตามที่มาตรา 314⁷⁴ วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยสิทธิเลิกสัญญาในกรณีเฉพาะดังกล่าวอาจเกิดขึ้นเพราะมีเหตุสำคัญ (compelling reason) หรือการผิดสัญญาอย่างมีนัยสำคัญ (serious breach of contract) ที่เรียกว่า ‘*wichtiger Grund*’ โดยไม่จำเป็นต้องมีการบอกกล่าวล่วงหน้าแต่

⁷³ *Ibid.*, pp. 436-437

⁷⁴ **BGB** Section 314 Termination, for a compelling reason, of contracts for the performance of a continuing obligation

(1) Each party may terminate a contract for the performance of a continuing obligation for a compelling reason without a notice period. There is a compelling reason if the terminating party, taking into account all the circumstances of the specific case and weighing the interests of both parties, cannot reasonably be expected to continue the contractual relationship until the agreed end or until the expiry of a notice period.

(2) If the compelling reason consists in the breach of a duty under the contract, the contract may be terminated only after the expiry without result of a period specified for relief or after a warning notice without result. Section 323 (2) number 1 und 2 applies, with the necessary modifications, as regards the dispensability of specifying a period for such relief and as regards the dispensability of a warning notice. Specifying a period for relief and issuing a warning notice can also be dispensed with if special circumstances are given which, when the interests of both parties are weighed, justify immediate termination.

(3) The person entitled may give notice only within a reasonable period after obtaining knowledge of the reason for termination.

(4) The right to demand damages is not excluded by the termination.

อย่างไรเลย (without any term of notice) ทั้งนี้การผิดสัญญาอย่างร้ายแรงที่ก่อให้เกิดสิทธิบอกกล่าวล่วงหน้าเพื่อเลิกสัญญาในกรณีนี้มีเงื่อนไขการผิดสัญญาที่ซับซ้อนและเกิดขึ้นได้ยากกว่า (more difficult to establish) การผิดสัญญาอย่างร้ายแรงในกรณีของการไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้อง (non-conformity of performance) ที่อยู่ภายใต้บทบัญญัติในมาตรา 323 วรรคห้า ตอนที่ 2 กล่าวคือ เมื่อพิจารณาจากการกระทำทั้งหมดเป็นข้อพิจารณาเพื่อชั่งน้ำหนักประโยชน์ส่วนได้เสียของคู่สัญญาแล้ว (all circumstance of the individual case must be taken into consideration, in balancing the interests of both parties) ทำให้เห็นได้ว่าไม่ควรให้มีความสัมพันธ์ต่อเนื่องจนกระทั่งสิ้นสุดระยะเวลาที่ตกลงตามสัญญา (until agreed termination date) หรือต้องรอให้พ้นกำหนดเวลาในคำบอกกล่าวและฝ่ายที่ผิดยังคงเพิกเฉย (expiry of a notice period)⁷⁵

ผลของการเลิกสัญญาที่ก่อหนี้ให้ปฏิบัติชำระอย่างต่อเนื่องที่เกิดจากการบอกกล่าวล่วงหน้า (termination by notice) หรือ ‘Kündigung’ ย่อมทำให้นิติสัมพันธ์ตามสัญญาสิ้นสุดในเวลาที่ยกฝ่ายได้รับคำบอกกล่าว (notice is received) และก่อให้เกิดผลเฉพาะการชำระหนี้ที่ยังไม่ถึงกำหนดเวลาชำระหนี้เท่านั้น แต่ถ้าหนี้รายใดถึงกำหนดชำระแล้วแต่ยังมิได้มีการปฏิบัติชำระต่อกัน คู่กรณีคงมีหน้าที่ต้องชำระหนี้รายนั้นอยู่ สำหรับเหตุที่การบอกกล่าวเลิกสัญญาในกรณีสัญญาที่ก่อหนี้อย่างต่อเนื่องไม่ก่อให้เกิดผลย้อนหลัง (no retroactive effect) เพราะเป็นความจริงในทางปฏิบัติที่ว่า การชำระหนี้ทั้งหลายที่แต่ละฝ่ายได้ทำลงไปในอดีตไม่อาจถูกละเลยได้ (cannot be ignored) เนื่องจากได้กระทำทั้งหลายเกิดขึ้นภายใต้ขอบเขตแห่งสิทธิหน้าที่ตามสัญญาที่สมบูรณ์ (within framework of a functioning legal relationship) ดังนั้นการเลิกสัญญาที่ก่อหนี้ให้ปฏิบัติชำระอย่างต่อเนื่องจึงไม่อาจปรับใช้ด้วยหลักทั่วไปของการเลิกสัญญาที่มีผลเป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณีในลักษณะย้อนหลัง แต่มีผลทำให้ยุติหน้าที่ในการชำระหนี้ทั้งหลายของคู่กรณีนับแต่เวลาที่มีการเลิกสัญญาเป็นต้นไป (bring to an end the duties of performance from the moment of termination onward)⁷⁶

4.2.4 การเลิกสัญญาโดยปริยาย

การเลิกสัญญาโดยปริยายอาจเกิดขึ้นจากทั้งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายเดียวและที่เกิดจากเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และเนื่องจากการเลิกสัญญาที่กระทำโดยปริยายทำให้บ่อยครั้งไม่ปรากฏชัดว่าคู่สัญญามีเจตนาจะเลิกสัญญาหรือไม่อย่างไร แต่เมื่อพิจารณาด้วยเหตุผลโดย

⁷⁵ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 2, p. 437.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 437.

ชอบจากการกระทำที่เกิดขึ้นของคู่กรณีแห่งสัญญาย่อมเป็นที่เข้าใจได้ว่าคู่กรณีแห่งสัญญาประสงค์ที่จะให้เกิดความระงับอย่างเด็ดขาดซึ่งสัญญาฉบับเดิม

4.2.4.1 การใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยาย

การใช้สิทธิเลิกสัญญาถือเป็นตัวอย่างหนึ่งของการทำนิติกรรม (legal transaction) หรือ *‘Rechtsgeschäft’* ที่ตั้งอยู่บนหลักอิสระทางแพ่ง และการใช้สิทธิเลิกสัญญาเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมฝ่ายเดียว (one-side legal transaction) ของคู่สัญญาที่มีได้เป็นฝ่ายผิดสัญญา (innocent party) ในทำนองเดียวกับการใช้สิทธิบอกล้างโมฆียะกรรมที่มีเหตุสำคัญผิด ทั้งนี้ การใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวไม่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในทางหนึ่งระหว่างผู้แสดงและผู้รับการแสดงเจตนา (not give rise to a relationship of obligation)⁷⁷ แต่เป็นอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมาย (Gestaltungsrecht) ของคู่สัญญาที่มีได้เป็นฝ่ายผิดสัญญาที่จะเปลี่ยนแปลงซึ่งความสัมพันธ์ทางหนี้ตามสัญญานั้น (power to change the content of contractual obligation)⁷⁸ ด้วยเหตุนี้ทำให้หน้าที่ในการปฏิบัติชำระหนี้ดั้งเดิมของคู่สัญญา (duties of performance) ถูกเปลี่ยนรูป (transformed) หรือมีผลย้อนกลับ (reversed) ไปเป็นหน้าที่กระทำให้อีกฝ่ายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม (duties of restitution of performance) หรือ *‘Rückgewährschuldverhältnis’* ในภาษาเยอรมัน ซึ่งหมายถึง การกลับคืนสู่ฐานะเดิมของความสัมพันธ์ทางหนี้ (restitutionary relationship of obligation)⁷⁹ และเป็นคนละกรณีกับการคืนทรัพย์เนื่องจากหลักว่าด้วยลาภมิควรได้ (unjust enrichment) ที่เกิดจากการบอกล้างโมฆียะกรรมในนิติกรรมหรือเหตุที่มูลฐานแห่งสัญญาไม่สมบูรณ์ (lack of *causa*)⁸⁰

ด้วยเหตุนี้การใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยายจำเป็นต้องบอกกล่าวแสดงเจตนาเลิกสัญญาให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับทราบด้วย โดยหลักกฎหมายว่าด้วยการแสดงเจตนา (declaration of intention) หรือ *‘Willenserklärung’* ถูกบัญญัติอยู่ในมาตรา 130-132 ซึ่งถือเป็นหลักทั่วไป (General Part) ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่ปรับใช้แก่การแสดงเจตนาในทุกลักษณะ⁸¹ และเข้าใจว่าการแสดงเจตนาใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยายถือเป็นการแสดงเจตนาที่ต้องมีการบอกกล่าว

⁷⁷ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 2, p. 27.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 420.

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 432-433.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 433

⁸¹ *Ibid.*, p. 67.

ให้แก่ผู้รับเจตนาซึ่งเป็นบุคคลที่เฉพาะเจาะจงได้รับทราบ (declarations which are directed at an addressee) หรือ ‘*empfangsbedürftig*’⁸² ซึ่งผู้รับเจตนาในกรณีนี้ย่อมได้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่ผิดหน้าที่ตามสัญญา และในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่จะถูกบอกเลิกสัญญาเป็นบุคคลที่ไม่อยู่ต่อหน้า (inter absente) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 130 วรรคหนึ่ง⁸³ กำหนดให้การแสดงเจตนาจะมีผลต่อเมื่อได้มีการส่งไปถึงผู้รับเจตนา ด้วยเหตุนี้ทำให้การแสดงเจตนาที่กระทำไปในลักษณะที่ทำให้ผู้รับมีความเป็นไปได้ที่จะรับรู้ถึงเนื้อหาของการใช้สิทธิเลิกสัญญานั้นได้และมีความชอบด้วยเหตุผลที่จะทำเช่นนั้น (the addressee has the possibility to take notice of the content of the declaration) หรืออาจกล่าวได้ว่าการแสดงเจตนาได้ถูกส่งไปอยู่ขอบเขตความรับรู้ของผู้รับเจตนา (entered to the sphere of influence of addressee)⁸⁴

การใช้สิทธิเลิกสัญญาจะยังกระทำมิได้หากเจ้าหนี้มิได้บอกกล่าวกำหนดเวลาพอสมควรเพื่อเปิดโอกาสลูกหนี้ได้แก้ไขข้อบกพร่องหรือปฏิบัติการชำระหนี้อีกครั้งหนึ่งเสียก่อน (notice) และแม้ว่าการบอกกล่าวเช่นนั้นจะไม่มีรูปแบบตายตัวแต่เข้าใจว่าต้องครบถ้วนด้วยเนื้อหาสาระที่สำคัญในสองประการซึ่งได้แก่ ประการที่หนึ่งต้องเป็นการเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ภายในกำหนดเวลาที่เหมาะสม ประการที่สองต้องมีเนื้อหาแสดงว่าหากพ้นกำหนดแล้วลูกหนี้ยังไม่ชำระหนี้ นั้น ผู้บอกกล่าวจะใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยทันที และการเลิกสัญญาย่อมเกิดเป็นผลขึ้นทันทีเมื่อพ้นกำหนดเวลาที่บอกกล่าวโดยผู้มีสิทธิเลิกสัญญาไม่ต้องแสดงเจตนาเลิกสัญญาซ้ำอีกครั้งหนึ่ง⁸⁵ เงื่อนไขที่เจ้าหนี้จะต้องบอกกล่าวล่วงหน้าและให้เวลาในการชำระหนี้แก่ลูกหนี้นั้นเข้าใจว่ามีขึ้นเพื่อประโยชน์ของฝ่ายลูกหนี้ที่จะได้รับรู้ว่ภายหลังจากนี้ตนจะต้องมีความรับผิดชอบอย่างไรต่อไป⁸⁶

ด้วยเหตุนี้ทำให้อาจกล่าวได้ว่าการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยายในระบบกฎหมายเยอรมันต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขสำคัญ กล่าวคือประการที่หนึ่งคู่สัญญาที่มีสิทธิเลิกสัญญาต้องบอกกล่าว

⁸² *Ibid.*

⁸³ **BGB** Section 130 Effectiveness of a declaration of intent to absent parties

(1) A declaration of intent that is to be made to another becomes effective, if made in his absence, at the point of time when this declaration reaches him. It does not become effective if a revocation reaches the other previously or at the same time.

⁸⁴ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 2, p. 69.

⁸⁵ G.H. Treitel, *supra* note 22, pp. 327-328.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 328

และกำหนดเวลาพอสมควรให้ลูกหนี้ชำระหนี้หรือแก้ไขข้อบกพร่องเสียก่อน และประการที่สองการใช้สิทธิเลิกสัญญาต้องมีการสื่อสารไปถึงตัวคู่กรณีอีกฝ่ายโดยตรงหรืออย่างน้อยต้องมีการส่งเจตนาไปอยู่ในขอบเขตแห่งความรู้ของผู้รับเจตนา และประการสุดท้ายผลของการใช้สิทธิเลิกสัญญาย่อมขึ้นอยู่กับลักษณะของสัญญาว่าเป็นสัญญาที่มีลักษณะทั่วไปหรือเป็นสัญญาที่มีลักษณะก่อหน้าอย่างต่อเนื่อง ซึ่งมีผลทำให้การเลิกสัญญามีผลในทางกฎหมายสารบัญญัติที่แตกต่างกันไป กล่าวคือ ผลในลักษณะย้อนหลังที่ทำให้เกิดการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณี หรือผลในลักษณะไม่ย้อนหลังที่ทำให้สัญญาสิ้นสุดไปในอนาคต แล้วแต่กรณี

4.2.4.2 ข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยาย

สำหรับข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น เข้าใจว่าคู่สัญญาย่อมมียอมมีเสรีภาพในการก่อกำหนดสัมพันธ์ในทางหนี้ตามสัญญาอย่างใด ๆ ตามที่ต้องการ แม้ว่า จะนอกเหนือไปจากเอกเทศสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ด้วยเหตุนี้หากจะให้ครอบคลุมสัญญาทั้งหมดที่อยู่ฐานหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (freedom of contract) จำเป็นต้องจัดแบ่งสัญญาเป็นสามประเภทอันได้แก่ ประเภทที่หนึ่งสัญญาที่มีลักษณะเป็นข้อสัญญามาตรฐาน (standard terms) ซึ่งสัญญาประเภทนี้ถูกจัดทำขึ้นเพื่อเป็นข้อยกเว้นหลักกฎหมายทั่วไป (default rule) ซึ่งคู่สัญญาอาจตกลงไปแตกต่างได้ และประการที่สองสัญญาผสม (mixed contract) ที่เกิดขึ้นบนความสัมพันธ์ของเอกเทศสัญญาหลายลักษณะผสมกัน เช่น การเข้าพักแรมที่โรงแรมครั้งหนึ่งอาจทำให้เกิดความสัมพันธ์ทางสัญญาที่หลากหลายในครั้งเดียว เป็นต้น และประการสุดท้ายสัญญาต่างตอบแทนที่ไม่ตั้งอยู่บนฐานของเอกเทศสัญญาใดๆ (atypical) และถือเป็นสัญญาประเภทใหม่ เช่น สัญญาแฟคเตอริง⁸⁷ สัญญาลีสซิง และสัญญาเฟรนไชส์ เป็นต้น แต่สัญญาต่างตอบแทนที่ไม่ตั้งอยู่บนฐาน

⁸⁷ แฟคเตอริง (Factoring) หรือการรับซื้อและให้บริการเกี่ยวกับบัญชีลูกหนี้การค้า เป็นการจัดหาเงินทุนและให้บริการเกี่ยวกับหนี้การค้าให้กับธุรกิจ โดยผู้ซื้อบัญชี (Factor) ซื้อบัญชีลูกหนี้ (Account Receivable) ซึ่งเกิดจากการขายสินค้าหรือการให้บริการของผู้ขายบัญชี (Supplier : ผู้ส่งของ) และหลังจากนั้น ผู้ซื้อบัญชี (Factor) จะเป็นผู้ติดตามเรียกชำระเงินตามหนี้หนี้จากลูกหนี้ (debtor) รวมทั้งทำหน้าที่ในการบริหารบัญชีลูกหนี้ และให้บริการอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับหนี้ขึ้นอยู่กับการตกลงในการทำแฟคเตอริงระหว่างผู้ซื้อบัญชี (Factor) กับผู้ขายบัญชี (Supplier) การก่อตั้งความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งสามฝ่าย คือ ผู้ซื้อบัญชี (Factor) ผู้ขายบัญชี (Supplier) และลูกหนี้ (Debtor) เกิดจากสัญญาที่เรียกว่า สัญญาแฟคเตอริง (Factoring Contract). รายละเอียดโปรดดู สถิต เสนสุภา, “ปัญหากฎหมายในสัญญาแฟคเตอริง (สัญญาที่รับซื้อและให้บริการเกี่ยวกับ

ของเอกเทศสัญญาได้นำทำให้หลักกฎหมายที่นำมาปรับใช้แก่กรณีมักเกิดจากคำวินิจฉัยของศาล (case law) โดยศาลเยอรมันได้พยายามที่จะทำความเข้าใจและยอมรับสัญญาดังกล่าวโดยวิธีการนำหลักกฎหมายดั้งเดิมที่อยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเข้ามาปรับใช้ในลักษณะเทียบเคียง (by analogy)⁸⁸ สำหรับข้อตกลงเล็กสัญญาโดยปริยายอาจถือได้ว่าเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่ไม่ตั้งอยู่บนฐานของเอกเทศสัญญาใดๆ ข้างต้น และมีสิทธิหน้าที่ตามสัญญาที่แตกต่างอย่างเป็นเอกเทศ ดังนั้นการใช้หลักกฎหมายดั้งเดิมที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเข้าปรับใช้ในลักษณะเทียบเคียงน่าจะทำให้สามารถรับรู้ถึงลักษณะของสัญญาเช่นนั้นได้ไม่น้อย และเมื่อข้อตกลงเล็กสัญญาโดยปริยายเป็นสัญญาชนิดหนึ่ง และเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้โดยสมัครใจ (source of voluntary)⁸⁹ ที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายคาดหวังให้เกิดผลทางกฎหมายที่แน่นอน และเพื่อให้ก่อให้เกิดผลเช่นนั้นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจำเป็นต้องแสดงให้อีกฝ่ายหนึ่งได้ทราบถึงเจตนาของตนที่จะเข้าผูกพันตามเงื่อนไขที่ตกลงกันและอีกฝ่ายหนึ่งต้องยอมรับตามข้อเสนอดังกล่าวด้วย สัญญาจึงเกี่ยวข้องกับการแสดงเจตนา (Willenserklärungen) ของคู่กรณีสองฝ่ายที่ถูกต้องตรงกัน (corresponding declaration of intention) ที่แต่ละฝ่ายยอมเข้าผูกพันภายใต้พันธะตามสัญญานั้น⁹⁰ หลักการทั่วไปในเรื่องการเกิดขึ้นของสัญญาเริ่มต้นจากฝ่ายหนึ่งมีคำเสนอ ('antrag' or 'angebot') และอีกฝ่ายมีคำสนอง (annahme) ที่ถูกต้องตรงกัน ฟังดูสามัญในทางทฤษฎีแต่บ่อยครั้งในทางปฏิบัติกลับพบว่ามีควมสับสนอย่างมากจนไม่อาจจะวินิจฉัยให้เห็นถึงการจัดทำสัญญาที่เป็นไปตามลำดับขั้นตอนที่เริ่มต้นจากเจรจาต่อรอง ต่อมาคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอ และคู่สัญญาอีกฝ่ายทำคำสนองเพื่อให้เกิดขึ้นเป็นสัญญาเลย⁹¹

คำเสนอที่กระทำต่อบุคคลที่อยู่ต่อหน้า ณ สถานที่เดียวกันกับผู้ทำคำเสนอ (a person who is presented) หรือต่อบุคคลที่สื่อสารกันได้ทันที (instant communication) เช่น การสื่อสารทางโทรศัพท์หรือช่องทางสื่อสารในทางอื่นเดียวกัน (another technical facilities) เป็นต้น ถ้าจะให้เกิดขึ้นเป็นสัญญาโดยสมบูรณ์ คำเสนอนั้นจะต้องถูกตอบรับโดยทันทีทันใด

ลูกหนี้การค้า),” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536)

⁸⁸ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 2, pp. 162-163

⁸⁹ *Ibid.*, p. 25.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 57.

⁹¹ *Ibid.*, p. 57.

(immediately) อันเป็นหลักการตามมาตรา 147 (1)⁹² แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน แต่คำเสนอที่กระทำต่อบุคคลที่ไม่ได้อยู่ต่อหน้า (in absent) คำเสนอย่อมมีผลผูกพันผู้ทำคำเสนอตราบเท่าที่พอสมควรแก่ระยะเวลา (good time) หรือจนกระทั่งคำเสนอถูกบอกปิดโดยผู้รับคำเสนอ⁹³ ทั้งนี้คำเสนอจำต้องถูกสื่อสาร (communicate) ไปยังผู้รับการแสดงเจตนาที่เฉพาะเจาะจง (particular addressee) และเมื่อคำเสนอเป็นรูปแบบหนึ่งของการแสดงออกซึ่งเจตนา ทำให้การแสดงเจตนาทำคำเสนอจึงต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติในเรื่องการแสดงเจตนาซึ่งเป็นบททั่วไป (general part) ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ดังที่ได้พิจารณาแล้วข้างต้น⁹⁴ และเมื่อคำเสนอมีความหมายในทางเทคนิคที่หมายถึง คำขอให้เข้าทำสัญญา (an offer to enter into contract)⁹⁵ ด้วยเหตุนี้คำเสนอต้องมีความชัดเจนแน่นอน (precise) และต้องครบถ้วนด้วยสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญาที่มุ่งหมายจะกระทำ (complete as to the essential elements of the proposed contract) หรือที่เรียกในภาษาเยอรมันว่า ‘*essentialia negotii*’ และสิทธิหน้าที่ตามสัญญาของแต่ละฝ่ายอย่างน้อยที่สุดต้องสามารถเห็นได้จากการพิจารณาเนื้อหาแห่งคำเสนอนั้น (the duties of parties must be at least ascertainable) และหลักการประการหนึ่งที่พบเห็นได้บ่อยในตำราของเยอรมันในการพิจารณาว่าการแสดงเจตนาหนึ่งเป็นคำเสนอหรือไม่ย่อมได้แก่ ถ้าการแสดงเจตนาอันใดหากผู้รับการแสดงเจตนาเพียงตอบกับผู้ทำคำเสนอด้วยถ้อยคำธรรมดาเช่นว่า “ได้” (yes) หรือ “ตกลง” (agree) ก็เพียงพอที่จะทำให้เกิดเป็นสัญญาขึ้นได้ การแสดงเจตนาที่ย่อมถือว่าเป็นคำเสนอ⁹⁶ และสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญานั้นย่อมขึ้นอยู่กับธรรมชาติ (nature) และประเภทของสัญญาที่มุ่งจะกระทำ (type of contract) และที่สำคัญยิ่งกว่าสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญและเนื้อหาทั้งหลายของสัญญาต้องมีอยู่เพื่อประโยชน์ในการชำระหนี้ประธาน (the main obligations) เช่น คำเสนอเพื่อขอทำสัญญาเช่า ต้องแสดงให้เห็นถึงระยะเวลาเริ่มต้นและสิ้นสุดของสัญญาเช่า ค่าเช่า และตัวทรัพย์สินมุ่งหมายที่จะ

⁹² BGB § 147 Period for acceptance

(1) An offer made to a person who is present may only be accepted immediately. This also applies to an offer made by one person to another using a telephone or another technical facility.

⁹³ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 2, p. 63.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 67.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 68.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 59.

เช่า อันเป็นรายละเอียดที่จำเป็นซึ่งเกี่ยวข้องกับหนี้ของคู่สัญญาทั้งสองตามสัญญาเช่าซึ่งถูกกำหนดไว้ในมาตรา 535 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน⁹⁷ ข้อยกเว้นของความครบถ้วนในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญมีอยู่สองประการได้แก่ กรณีที่ข้อยกเว้นตามสัญญาว่าจะให้อิสระ (freely) หรือโดยยุติธรรม (equitably) แก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลที่สามในการกำหนดให้แน่นอนในภายหลัง เช่น ราคาว่าจะมีการกำหนดให้แน่นอนในภายหลัง หรือสถานที่ส่งมอบสินค้า เป็นต้น หรือในกรณีของสัญญาบางลักษณะ (certain type of contract) ที่ไม่จำเป็นต้องมีเนื้อหาครบถ้วน⁹⁸

มีข้อสังเกตว่าเงื่อนไขที่ว่าคำเสนอต้องชัดเจนแน่นอนและครบถ้วนสมบูรณ์ด้วยสาระสำคัญ (requirement of specificity and completeness) ต้องบังคับใช้อย่างเคร่งครัดในสัญญาที่ก่อให้เกิดเคลื่อนไหวโดยตรงต่อสิทธิทางทรัพย์สิน (contract directly transfers property right) ซึ่งตั้งอยู่บนฐานในทางทฤษฎีเชิงนามธรรม (principle of abstraction) และด้วยเหตุที่เป็นนิติกรรมที่กระทบกระเทือนโดยตรง (directly) และโดยพลัน (immediately) ต่อสิทธิในทางทรัพย์สิน (right in rem) จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่คู่กรณีแห่งสัญญาต้องพิจารณาถึงผลแห่งสัญญาอย่างถี่ถ้วนในขณะเวลาที่เข้าทำสัญญา (the parties exhaustively determine the object of contract at the time of contracting)⁹⁹ แต่ในทางกลับกันคำเสนอขอทำสัญญาในทางหนี้ (contract of obligation) ซึ่งมีใช่เป็นการโอนสิทธิในทรัพย์สินอาจไม่จำเป็นต้องครบถ้วนทั้งหมดด้วยรายละเอียด (detailed) หรือข้อที่ไม่เป็นสาระสำคัญ (auxiliary terms) ของสัญญาที่คู่กรณีทั้งสองมุ่งหมาย โดยคู่สัญญาอาจปล่อยให้รายละเอียดในสัญญาต่างๆ เป็นไปตามข้อสัญญามาตรฐาน (default rule) ซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันหรือถูกพัฒนาขึ้นจากศาลเยอรมัน¹⁰⁰ และเหตุที่ทำให้เกิดข้อแตกต่างระหว่างสัญญาในทางหนี้และสัญญาในทางทรัพย์สิน เนื่องจากระบบกฎหมายสัญญาเยอรมันได้มีหลักการแบ่งแยกอย่างเด็ดขาดระหว่างนิติกรรมที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางหนี้ (legal transaction that create the relationship of obligation) ที่เรียกในภาษาเยอรมันว่า ‘*Verpflichtungsgeschäft*’ ที่ตั้งอยู่บนทฤษฎีสัญญาเชิงรูปธรรม (principle of separation) และนิติกรรมในทางทรัพย์สิน (disposition contract) ที่เรียกว่า ‘*Verfügungsgeschäft*’ ทำให้เกิดการโอนเปลี่ยนแปลง ระบุ รับ หรือจำกัดสิทธิทั้งหลาย (the legal transaction which transfers, alters, extinguishes or encumber rights) ซึ่งตั้งอยู่บนฐานในทางทฤษฎีสัญญาเชิงนามธรรม (principle

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*, pp. 59-60.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 60.

¹⁰⁰ *Ibid.*

of abstraction) และด้วยเหตุที่มีการแบ่งแยกอย่างเด็ดขาดเช่นนั้นทำให้ความสมบูรณ์ระหว่างสัญญาในทางหนึ่งและในทางทรัพย์สินไม่มีผลกระทบต่องันและกัน ซึ่งเหตุผลสำคัญของการแบ่งแยกในทางทฤษฎีอย่างเด็ดขาดเช่นนั้นเนื่องด้วยความต้องการที่จะส่งเสริมให้กฎหมายมีความแน่นอนยิ่งขึ้นและส่งผลโดยตรงให้การค้าพาณิชย์มีความสะดวกรวดเร็วตามมา¹⁰¹ ในขั้นนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าคำเสนอขอเลิกสัญญาถือเป็นนิติกรรมที่มุ่งให้เกิดเคลื่อนไหวโดยตรงต่อสิทธิทางทรัพย์สิน กล่าวคือมุ่งให้เกิดความระงับของสัญญานับเดิม และตั้งอยู่ฐานของทฤษฎีสัญญาเชิงนามธรรม (principle of abstraction) การแสดงเจตนาทำคำเสนอขอเลิกสัญญาจึงต้องอยู่ภายใต้ความเคร่งครัดของในการจัดทำสัญญาที่ก่อให้เกิดเคลื่อนไหวโดยตรงต่อสิทธิทางทรัพย์สินดังที่ได้พิจารณาข้างต้น และอาจกล่าวได้ว่าคำเสนอขอเลิกสัญญาต้องมีเนื้อหาที่ชัดเจนแน่นอนและต้องครบถ้วนไปด้วยสาระสำคัญ (*essentialia negotii*) ของสัญญาที่มุ่งให้เกิดการระงับซึ่งสิทธิหน้าที่ตามสัญญาอย่างเด็ดขาดอีกด้วย และด้วยเหตุนี้ทำให้ผู้เขียนเชื่อว่าคำเสนอขอเลิกสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมันน่าจะกระทำโดยปริยายมิได้

และเมื่อคำเสนอมีลักษณะที่ชัดเจนแน่นอนและต้องครบถ้วนไปด้วยสาระสำคัญของสัญญาที่มุ่งหมายจะกระทำนั้น ทำให้เกิดประเด็นที่ต้องวินิจฉัยในกรณีของคำเสนอขอทำข้อตกลงเลิกสัญญาที่ว่าสาระสำคัญของข้อตกลงเลิกสัญญานั้นกินความหมายครอบคลุมเพียงใด กล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้นก็คือ คำเสนอขอเลิกสัญญาที่มีเนื้อหาที่ทำให้เข้าใจได้อย่างชัดเจนว่าเป็นคำขอให้เลิกหรือขอระงับซึ่งสัญญาอย่างเด็ดขาดก็เพียงพอที่จะเป็นคำเสนอขอเลิกสัญญาที่มีลักษณะครบถ้วน หรือคำเสนอขอเลิกสัญญาจำเป็นต้องกำหนดรายละเอียดให้ชัดเจนในเรื่องผลในทางสารบัญญัติของการเลิกสัญญาในแต่ละประเภทด้วย เช่น ผลของการใช้สิทธิเลิกสัญญาที่มีลักษณะต่อเนื่อง (continuing contract) หรือผลของการใช้สิทธิเลิกสัญญาในกรณีทั่วไป เป็นต้น และการที่คำเสนอไม่มีเนื้อหาที่กล่าวถึงรายละเอียดในเรื่องผลในทางสารบัญญัติของการเลิกสัญญาดังกล่าวจะมีผลสมบูรณ์ได้หรือไม่จากข้อพิจารณาในเรื่องข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายที่ถือเป็นสัญญาไม่มีชื่อซึ่งไม่อาจจัดเข้าเอกเทศสัญญาใดๆ ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้และตั้งอยู่บนฐานของหลักอิสระทางแพ่งของคู่สัญญา ผู้เขียนเชื่อว่าศาลเยอรมันน่าจะพยายามนำหลักกฎหมายที่อยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเข้ามาปรับใช้แก่กรณีในลักษณะเทียบเคียง (by analogy) ดังรายละเอียดที่กล่าวมาแล้ว¹⁰² อีกทั้งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้บัญญัติในเรื่องผลของการใช้สิทธิเลิกสัญญาไว้อย่างชัดเจน ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับประเภทของสัญญาว่ามีลักษณะทั่วไปที่กำหนดให้การเลิกสัญญามีผลย้อนหลังทำให้คู่กรณีต้อง

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 27.

¹⁰² *Ibid.*, pp. 162-163

กลับคืนสู่ฐานะเดิม หรือเป็นสัญญาที่มีลักษณะก่อหนี้อย่างต่อเนื่องที่กำหนดให้ผลของสัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่ย้อนหลัง แล้วแต่กรณี และเมื่ออาศัยข้อพิจารณาดังกล่าวทำให้ผู้เขียนเชื่ออย่างยิ่งว่าในการวินิจฉัยสาระสำคัญของข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายนั้น ศาลเยอรมันน่าจะนำผลในทางสารบัญญัติของการใช้สิทธิเลิกสัญญาทั้งสองกรณีข้างต้นมาเทียบเคียงแก่ผลซึ่งเป็นสาระสำคัญของข้อตกลงเลิกสัญญาได้ และเข้าใจว่าเนื้อหาที่เป็นสาระสำคัญของข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายต้องเป็นไปตามลักษณะใดลักษณะหนึ่งจากสองลักษณะข้างต้นอีกด้วย

ส่วนคำสนองรับโดยปริยายที่กระทำต่อคำเสนอขอเลิกสัญญานั้น โดยหลักทั่วไปนั้นคำสนอง ต้องกระทำโดยอิสระ (free) ปราศจากเงื่อนไขใดๆ (unreserved) ต่อคำเสนอ ด้วยเหตุนี้คำสนองต้องปราศจากเงื่อนไขใดๆ และต้องไม่นำเสนอประเด็นเพิ่มเติมไปเจตนาของผู้ทำคำเสนอตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 151 วรรคสอง¹⁰³ วางหลักว่าคำสนองที่เพิ่มเติม จำกัด หรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำเสนอย่อมถือว่าเป็นการบอกปัดคำเสนอและกลายเป็นการทำคำเสนอขึ้นใหม่¹⁰⁴ อีกทั้งการทำคำสนองถือเป็นการแสดงเจตนาที่โดยทั่วไปต้องถูกสื่อสารกลับไปถึงผู้ทำคำเสนออีกด้วย¹⁰⁵ แต่ในกรณีนี้ที่แสดงเจตนาทำคำสนองต่อผู้รับคำสนองที่ไม่อยู่ต่อหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้น การแสดงเจตนาจะมีผลต่อเมื่อได้มีการส่งไปถึงผู้รับเจตนา ขอบเขตแห่งความรู้ของผู้รับเจตนา (sphere of influence of addressee) ดังรายละเอียดที่กล่าวไปแล้ว¹⁰⁶ เว้นแต่ในกรณีที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 151¹⁰⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ที่ถือเป็นข้อยกเว้นว่าไม่

¹⁰³ **BGB** Section 150 Late and altered acceptance

(1) The late acceptance of an offer is considered to be a new offer.

(2) An acceptance with expansions, restrictions or other alterations is deemed to be a rejection combined with a new offer.

¹⁰⁴ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra note* 2, pp. 70-71.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 70.

¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 69, 73-74.

¹⁰⁷ **BGB** Section 151 Acceptance without declaration to the offeror

A contract comes into existence through the acceptance of the offer without the offeror needing to be notified of acceptance, if such a declaration is not to be expected according to customary practice, or if the offeror has waived it. The

จำเป็นต้องมีการสื่อสารคำสนองกลับไปสู่ผู้ทำคำเสนอ แต่ผู้ทำคำสนองต้องมีการแสดงออกซึ่งเจตนาออกให้ปรากฏด้วยพฤติกรรมหรือการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแทนการบอกกล่าวสื่อสารการสนองรับนั้น (externalise his intention through an appropriate form of conduct)¹⁰⁸ เช่น ผู้ทำคำสนองไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวคำสนองเนื่องจากเป็นเรื่องตามปกติที่ไม่ต้องกระทำเช่นนั้น (normal circumstance) และอีกกรณีหนึ่งที่ผู้ทำคำเสนอได้แสดงเจตนาเอาไว้ว่าไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวคำสนอง (the offeror waived the requirement) ซึ่งข้อยกเว้นประการที่สองนี้สามารถพบเห็นได้บ่อยจากการธุรกิจขายสินค้าผ่านทางไปรษณีย์ (mail order business) และในสถานการณ์ที่คู่สัญญาติดต่อและดำเนินธุรกิจกันอย่างต่อเนื่อง (the parties are in continuing business relationship) แต่ทั้งนี้ต้องเข้าใจว่ากรณีที่ผู้ทำคำเสนอไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวคำสนองนั้นเป็นคนละเรื่องกับการไม่มีเจตนาที่จะตอบรับคำเสนอ ด้วยเหตุนี้ผู้ทำคำสนองต้องมีการแสดงเจตนาสนองรับออกมาให้เห็นได้ไม่ว่าทางใดทางหนึ่ง¹⁰⁹ เช่น ผู้เยาว์ขึ้นโดยสารรถประจำทางโดยมิได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองหรือถือตั๋วเดินทางที่หมดอายุ หรือกรณีที่ผู้ขับขี่รถยนต์ได้ขับเข้าจอดรถในลานจอดรถกลางแจ้งแห่งหนึ่งโดยเชื่ออย่างสนิทใจว่าสามารถเข้าจอดได้ตามธรรมเนียมซึ่งไม่ต้องเสียค่าจอดรถใดๆ หรือการที่เจ้าของบ้านได้เชื่อมต่อไฟฟ้าโดยตรงจากมิเตอร์ไฟฟ้า เป็นต้น ซึ่งระบบกฎหมายเยอรมันในอดีตมีหลักการหนึ่งที่ว่าเรียกว่า *'faktischer Vertrag'* (factual contract) ที่อธิบายว่าการกระทำตามตัวอย่างข้างต้น เช่น การเข้าใช้บริการต่างๆ น่าจะถือเป็นหลักฐานเบื้องต้นของการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาได้ (the declaration of will which is manifested simply by the use of service provided) และในพฤติกรรมทางสังคมบางอย่างสามารถนำไปทดแทนเงื่อนไขที่เป็นรูปแบบของการแสดงเจตนาทำคำสนองเพื่อก่อให้เกิดเป็นสัญญาขึ้นได้ (replaced the formal element of overt acceptance in the process of creating a contractual obligation)¹¹⁰ แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบันข้อความคิดในเรื่องสัญญาที่เกิดขึ้นจากการกระทำในความจริงดังกล่าวไม่เป็นที่ยอมรับจากทั้งนักกฎหมายชั้นสูง (scholars) และศาลเยอรมันด้วยเหตุผลสำคัญที่ว่าหลักการดังกล่าวไม่มีฐานในทางกฎหมายที่อยู่ประมวลกฎหมายรองรับ (no support in the Code) ซึ่งเป็นข้อโต้แย้งหลักของเหล่านักกฎหมาย

point of time when the offer expires is determined in accordance with the intention of the offeror, which is to be inferred from the offer or the circumstances.

¹⁰⁸ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 2, p. 74.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 75.

¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 74-75.

อีกทั้งยังไม่มีความจำเป็น (unnecessary) และอาจจะอันตรายเกินไป (dangerous) แม้ว่าในบางครั้ง การกระทำของบุคคลตามตัวอย่างอาจถูกมองได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาทำคำสนองโดยปริยาย ('implicit' or 'tacit' acceptance) แต่ในเรื่องดังกล่าวก็มีบทบัญญัติกฎหมายอื่นที่นำไปใช้ได้อยู่แล้ว ไม่ว่าจะเป็นหลักว่าด้วยละเมิดและหลักว่าด้วยลาภมิควรได้ และสุดท้ายนี้ต้องเข้าใจว่าหลัก 'factual contract' มีอยู่ในฐานะที่เป็นส่วนของพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์กฎหมายเท่านั้น (part of legal history)¹¹¹ นอกจากนี้ในระบบกฎหมายเยอรมันมีหลักที่ถือว่าการนิ่ง (silence) ไม่อาจเป็นคำสนองได้เนื่องจากในกระบวนการจัดทำสัญญาไม่ยอมอาจกำหนดให้ผู้รับคำเสนอกระทำหรือไม่กระทำการใดได้ ยิ่งกว่านั้นการนิ่งเฉย (inactivity) ย่อมมีค่าเท่ากับการแสดงเจตนาของผู้ทำคำสนองในลักษณะปฏิเสธหรือบอกปิดไม่รับคำเสนออีกด้วย (an intention not to accept)¹¹² ทั้งนี้ก็มีข้อยกเว้นบางประการที่อยู่ทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Civil Code) ประมวลกฎหมายพาณิชย์ (Commercial Code) และเกิดจากแนวคำวินิจฉัยของศาลเยอรมัน (the case law) ที่การนิ่งอาจถือเป็นคำสนองได้ เช่น มาตรา 455 ในกรณีการซื้อขายที่รอการอนุมัติ (sales on approval) หรือรอการทดสอบ (sales on inspection) และมาตรา 545, 581 ในเรื่องสัญญาเช่า และมาตรา 625 BGB ในเรื่องสัญญาจ้างแรงงาน ที่ถือว่าการนิ่งของคู่สัญญาอาจเป็นการต่อสัญญาไปโดยปริยายได้ (the tacit renewal of contract) อีกทั้งมีการนิยามยืนยัน (confirmation letter) ที่มีส่วนสำคัญในชีวิตประจำวันของชาวเยอรมันในปัจจุบันซึ่งใช้ในกรณีที่คู่กรณีมีการเจรจากันด้วยวาจาในเนื้อหาของสัญญาในเบื้องต้นแล้ว และต่อมาจึงส่งจดหมายฉบับหนึ่งเพื่อสรุปเนื้อหาและขอบเขตของสัญญาที่ได้พูดคุยกันดังกล่าว ซึ่งบางครั้งคู่สัญญาที่ส่งจดหมายอาจเพิ่มเติมข้อตกลง (terms) ซึ่งฝ่ายที่ได้รับจดหมายอาจไม่รู้เห็น (may not have been envisaged) หรือมิได้ตกลง (agreed) ในขั้นตอนการพูดคุยด้วยวาจา แต่ฝ่ายที่ส่งจดหมายเชื่อว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อที่ทั้งสองฝ่ายได้ตกลงเห็นชอบร่วมกันแล้ว และเมื่อฝ่ายที่รับจดหมายได้พบเห็นข้อตกลงที่ไม่เป็นไปตามเจตนาของตนเช่นว่านั้น ย่อมต้องโต้แย้งต่ออีกฝ่ายหนึ่งว่าตนมิได้เห็นชอบในข้อตกลงใหม่เหล่านั้น (inform the writer of his disapproval of any new terms) และในทางกลับกันถ้าฝ่ายที่ได้รับจดหมายไม่ได้แย้งคัดค้าน การนิ่งเช่นว่านี้ของผู้รับจดหมายถือได้ว่าเป็นคำสนองรับต่อข้อตกลงที่เพิ่มขึ้นดังกล่าว (his silence will be taken as an acceptance of these terms)¹¹³ และด้วยเหตุนี้คำสนองโดยปริยายที่ตอบรับคำเสนอขอเลิกสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมันต้องมีการบอกกล่าวสื่อสารคำสนองให้ผู้ทำคำเสนอขอเลิก

¹¹¹ *Ibid.*, p. 75.

¹¹² *Ibid.*, p. 76.

¹¹³ *Ibid.*, pp. 76-77.

สัญญาได้ทราบ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นที่ผู้ทำคำสนองไม่ต้องบอกกล่าวคำสนองเพราะตามปกติไม่ต้องกระทำเช่นนั้นหรือผู้ทำคำเสนอแสดงเจตนาไว้ว่าไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวคำสนองซึ่งข้อยกเว้นทั้งสองกรณีน่าจะต้องพิจารณาเป็นเรื่องไปๆ แต่อย่างน้อยที่สุดเข้าใจต้องมีการกระทำที่ถือว่าเป็นการทำคำสนองและน่าจะต้องรอแนวคำวินิจฉัยของศาลเยอรมันในเรื่องดังกล่าวต่อไป

มีข้อพิจารณาในเรื่องข้อความไม่ถูกต้องตรงกันระหว่างคำเสนอและคำสนอง (discord of offer and acceptance) ที่เรียกกันในภาษาเยอรมันว่า ‘Dissens’ (dissent) ซึ่งอาจมีผลทำให้สัญญาไม่เกิดขึ้นเลย (non-existent) แต่คู่กรณีทั้งสองมีความเชื่ออย่างผิดพลาดว่าสัญญาได้ถูกทำขึ้นแล้ว (the parties erroneously believe that they have concluded a contract) ด้วยเหตุนี้จึงมีการแบ่งข้อความไม่ถูกต้องตรงกันระหว่างคำเสนอและคำสนองออกเป็นสองประเภท ประเภทที่หนึ่งเป็นข้อแตกต่างในเรื่องสาระสำคัญ (essential term) และประการที่สองเป็นข้อแตกต่างในเรื่องที่มีใช้สาระสำคัญ (subsidiary term) ทั้งนี้ข้อแตกต่างสาระสำคัญของสัญญาที่เรียกว่า ‘Hauptpunkte’ ถ้าเกิดขึ้นแล้วมักมีผลทำให้สัญญาไม่สมบูรณ์ (fail) ส่วนข้อแตกต่างที่มีใช้สาระสำคัญที่เรียกว่า ‘Nebenpunkte’ อาจอุดช่องว่างได้โดยอาศัยการตีความ (interpretation)¹¹⁴ อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้สร้างหลักการตีความ (rule of interpretation) ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกันดีในระบบกฎหมายไทยว่าเป็นข้อสันนิษฐานของการเกิดขึ้นและไม่เกิดขึ้นของสัญญาไว้ในมาตรา 154 และ 155 โดยบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันทั้งสองได้จัดแยกข้อแตกต่างระหว่างคำเสนอและคำสนองไว้สองกรณีอันได้แก่ กรณีหนึ่งข้อแตกต่างที่เห็นประจักษ์ (open dissent) หรือ (conscious dissent) และกรณีที่สองเป็นข้อแตกต่างที่ไม่เห็นประจักษ์ (hidden dissent) และสำหรับข้อแตกต่างที่เห็นประจักษ์นั้นถ้าข้อนั้นเป็นข้อสาระสำคัญ (essential terms) ย่อมมีผลทำให้สัญญาไม่เกิดขึ้นเลย (no contract) เช่น การที่มีได้ตกลงในเรื่องราคาค่าเช่าในสัญญาเช่า เป็นต้น แต่ในทางกลับกันหากข้อแตกต่างนั้นเป็นข้อที่ไม่ใช่สาระสำคัญ (subsidiary terms) เช่น การที่ไม่ได้ตกลงว่าคู่สัญญาฝ่ายใดต้องรับภาระค่าขนส่งสินค้า นั้น ย่อมไม่ควรถึงขนาดทำให้สัญญาไม่เกิดขึ้นเลย บทบัญญัติในมาตรา 154 วรรคหนึ่ง¹¹⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน วางหลักไว้ว่าถ้ามี

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 72.

¹¹⁵ **BGB** Section 154 Overt lack of agreement; lack of notarial recording

(1) As long as the parties have not yet agreed on all points of a contract on which an agreement was required to be reached according to the declaration even of only one party, the contract is, in case of doubt, not entered into. An agreement on individual points is not legally binding even if they have been recorded.

ข้อสัญญาข้อหนึ่งมิได้ตกลงกัน และเมื่อพิจารณาจากเจตนาที่แสดงออกของคู่กรณีแม้เพียงฝ่ายเดียว เข้าใจได้ว่าข้อที่ไม่ได้ตกลงกันนั้นมีฐานะที่ต้องเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา (part of contract) หากข้อนั้นยังมิได้ตกลงให้สำเร็จ สัญญาย่อมไม่เกิดขึ้น แม้ว่าข้อที่ไม่ได้ตกลงกันนั้นจะไม่ใช่อสาระสำคัญหรือไม่เกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของสัญญาเลยก็ตาม แต่ทั้งนี้ในปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะจำกัดการไขมาตราดังกล่าวด้วยการให้ความสำคัญกับเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมากกว่า และเจตนาที่แท้จริงย่อมพิจารณาได้จากสภาพสัญญาที่จัดทำหรือเทียบเคียงจากลักษณะของการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงของสัญญานั้น กล่าวคือถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้มีการชำระหนี้ตามสัญญา เช่น ผู้ขายส่งสินค้าตามสัญญาแล้ว เป็นต้น ย่อมมีความเป็นไปได้อย่างมากที่สัญญาจะเกิดขึ้นและมีผลสมบูรณ์เนื่องจากคู่สัญญามีเจตนาที่แท้จริงให้เป็นเช่นนั้น และด้วยเหตุนี้อาจกล่าวได้ว่าศาลเยอรมันมีแนวโน้มที่จะถือเอาการปฏิบัติการชำระหนี้ (performance) ของคู่กรณีเป็นเครื่องบ่งชี้ว่าคู่สัญญาเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาแล้ว¹¹⁶ และด้วยเหตุนี้เองถ้าคู่กรณีมิได้คาดเห็นหรือตกลงในข้อสัญญาข้อหนึ่งเนื่องจากเป็นข้อแตกต่างที่ไม่เห็นประจักษ์ (unaware of discord) ซึ่งโดยทั่วไปหากข้อนั้นถือเป็นสาระสำคัญในสัญญาจะมีผลทำให้สัญญาไม่เกิดขึ้นเลย อย่างไรก็ตามก็ตีสัญญาที่มีได้ตกลงข้อสาระสำคัญเนื่องจากคู่สัญญามีได้คาดเห็นในข้อนั้นอาจเกิดขึ้นและมีผลสมบูรณ์ได้หากเข้าเงื่อนไขในมาตรา 155¹¹⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ที่วางหลักตรงกันข้ามกับมาตราก่อนหน้า กล่าวคือถ้าคู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันในข้อหนึ่งข้อใดและเมื่อพิจารณาถึงข้อที่ได้ตกลงกันไปแล้วก็เพียงพอจะให้สัญญาเกิดขึ้นและมีผลสมบูรณ์ได้แม้จะไม่มีข้อตกลงกันในข้อนั้นๆ (which is agreed on is valid if it may be assumed that the contract would have been conclude even without a settlement of this point) ซึ่งแสดงให้เห็นโดยนัยแห่งเจตนาของคู่กรณีว่าข้อที่ไม่ได้ตกลงกันนั้นถือเป็นข้อที่ไม่ใช่อสาระสำคัญนั่นเอง และด้วยเหตุนี้ทำให้ข้อวินิจฉัยสำคัญของการเกิดหรือไม่เกิดขึ้นของสัญญาย่อม

¹¹⁶ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 2, p. 72.

¹¹⁷ **BGB** Section 155 Hidden lack of agreement

If the parties to a contract which they consider to have been entered into have, in fact, not agreed on a point on which an agreement was required to be reached, whatever is agreed is applicable if it is to be assumed that the contract would have been entered into even without a provision concerning this point.

ตั้งอยู่บนข้อสันนิษฐานเจตนาของคู่กรณีแห่งสัญญา (presumed intention)¹¹⁸ และด้วยเหตุนี้อาจกล่าวได้ว่าถ้าคู่กรณีแห่งสัญญาที่มีเจตนาที่แท้จริงร่วมกันในความต้องการจะระงับสัญญาไปอย่างเด็ดขาดจริงจัง แม้จะมีได้ตกลงกันให้ชัดเจนในเรื่องผลในทางกฎหมายของการเลิกสัญญา ไม่ว่าจะให้สัญญาสิ้นสุดไปในอนาคตหรือให้สัญญาจะงับสิ้นไปในลักษณะย้อนหลังและเกิดการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณีก็ตาม แต่ถ้าคู่กรณีเชื่ออย่างสนิทใจว่าสัญญาได้เลิกกันแล้วและมีการชำระหนี้เพื่อให้อีกฝ่ายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมหรือคืนทรัพย์สินประโยชน์ตอบแทนที่ได้รับจากสัญญาก็น่าเชื่อถือได้ว่าข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายน่าจะเกิดขึ้นได้บนฐานแห่งเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณีทั้งสอง

4.3 การเลิกสัญญาในระบบกฎหมายอังกฤษ

การผิดสัญญา (breach of contract) ทำให้ผู้เสียหายสามารถขอให้เยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญานั้นได้ (remedies for breach of contract) ไม่ว่าจะเป็นการเรียกค่าเสียหายหรือขอให้บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง และอาจก่อให้เกิดสิทธิปฏิเสธไม่ชำระหนี้ของตนแก่อีกฝ่ายหรือขอให้สัญญาสิ้นสุดลงทั้งหมด (to bring contract to an end entirely)¹¹⁹ แต่ทั้งนี้การผิดสัญญาในระบบกฎหมายอังกฤษนั้นไม่จำกัดอยู่เฉพาะกรณีที่คู่สัญญาจงใจฝ่าฝืนสัญญาเท่านั้น (intentionally broke the contract) กล่าวคือการผิดสัญญาไม่ขึ้นอยู่กับความผิด (fault) ของคู่สัญญา แม้ว่าจะมีบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรบางเรื่องที่กำหนดให้คู่สัญญามีความรับผิดชอบเมื่อมีความผิด (at fault) เช่น section 13¹²⁰ แห่ง the Supply of Good and Service Act 1982 กำหนดให้ผู้ให้บริการเชิงพาณิชย์มีหน้าที่โดยปริยายตามสัญญาที่ต้องใช้ความระมัดระวังและฝีมือ

¹¹⁸ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra note* 2, pp. 72-73.

¹¹⁹ Stephen A. Smith, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, 6th edition (Oxford: Clarendon, 2005) p. 192.

¹²⁰ **Section 13 of the Supply of Goods and Service Act 1982**

In contract of the supply of a service where the supplier is acting in the course of business, there is an implied term that the supplier will carry out the service with reasonable care and skill.

อย่างเหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่ให้บริการตามสัญญาที่ตาม¹²¹ และสำหรับการระงับสิ้นไป (discharge) ซึ่งความสัมพันธ์ตามสัญญาหรือบอกเลิกสัญญาจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อเป็นการผิดสัญญาอย่างร้ายแรง (the breach is considered sufficiently serious) โดยคู่สัญญาอาจกำหนดข้อสัญญาอย่างชัดแจ้งว่าเมื่อมีการผิดต่อหน้าที่เฉพาะเจาะจงอย่างใดอย่างหนึ่งมีผลทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิเลิกสัญญาได้ (termination clause) และหากไม่มีการกำหนดข้อตกลงเช่นนั้น ศาลคอมมอนลอว์ย่อมมีอำนาจวินิจฉัยว่าการผิดสัญญาอย่างไรที่ทำให้อีกฝ่ายมีสิทธิเลิกสัญญา¹²² กระบวนการสร้างหลักทั่วไป (default rule) เกี่ยวกับการเลิกสัญญาจึงมีความจำเป็นเมื่อคู่สัญญาไม่ได้ตกลงเรื่องข้อสัญญาที่ให้สิทธิเลิกสัญญาไว้ และระบบกฎหมายอังกฤษพยายามที่จะสร้างสมดุลระหว่างความชัดเจนแน่นอน (certainty) และความยุติธรรม (fairness) ให้เกิดขึ้นมากที่สุดและนำไปสู่แนวทาง (strategy) ในการพิจารณาเหตุแห่งการเลิกสัญญาซึ่งประกอบด้วย แนวทางที่มุ่งพิจารณาสาระสำคัญ (sufficient importance) ของลักษณะข้อสัญญาที่ถูกฝ่าฝืน (the nature of the term broken) และแนวทางที่มุ่งพิจารณาผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญา (consequence of the breach) ในข้อสัญญาที่อาจไม่สำคัญได้ (innominate term)¹²³

4.3.1 เหตุแห่งการเลิกสัญญา

การผิดสัญญาทุกกรณีย่อมนำไปสู่การเยียวยาด้วยการกำหนดค่าเสียหาย (remedy in damage) แต่ทั้งนี้การผิดสัญญาในบางสถานการณ์เฉพาะเท่านั้น (certain circumstance) ที่ก่อให้เกิดสิทธิคู่สัญญาในการบอกเลิกความสัมพันธ์นั้นในอนาคตที่อาจเกิดขึ้นตามสัญญา (right to terminate further performance of contract) และไม่จำเป็นที่การบอกเลิกสัญญาต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้สัญญาเป็นอันเลิกกัน¹²⁴ เมื่อเกิดการผิดสัญญาขึ้น คู่สัญญาฝ่ายที่มีได้ผิดสัญญาย่อมมีสิทธิเลิกสัญญาได้ ซึ่งสิทธิเลิกสัญญาเหล่านั้นอาจมีที่มาจาก บทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษร (legislation) ตามข้อสัญญา (contract) หรือตามหลักกฎหมายทั่วไป (general law) แล้วแต่กรณี¹²⁵

¹²¹ Ewan Mckendrick, *Contract Law: Text, Cases, and Material*, 3rd Edition (Clarendon: Oxford University Press) p. 772

¹²² Stephen A. Smith, *supra* note 119, pp. 192-193.

¹²³ Ewan Mckendrick, *supra* note 121, pp. 772- 774.

¹²⁴ *Ibid.*, pp. 772-773.

¹²⁵ Stephen A. Smith, *supra* note 119, p. 196.

4.3.1.1 การผิดข้อสัญญาที่ให้สิทธิอีกฝ่ายเลิกสัญญา (breach of termination clause)

คู่สัญญาอาจตกลงกำหนดข้อสัญญาที่ให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญาได้เมื่อเกิดเหตุสุดวิสัยบางประการ (force majeure) เช่น กรณีที่เกิดสงคราม (war) น้ำท่วม (flood) หรือเหตุไม่คาดหมายอื่น (unexpected events) และรวมไปถึงการกำหนดข้อสัญญาให้มีคู่สัญญาที่มีสิทธิเลิกสัญญา (termination clauses) เมื่อมีการผิดสัญญาในสถานการณ์เฉพาะเจาะจงอันใดอันหนึ่ง (in the event of certain breaches)¹²⁶ แต่ทั้งนี้เหตุสุดวิสัยที่กำหนดในข้อสัญญานั้นโดยทั่วไปย่อมไม่ครอบคลุมไปถึงกรณีที่ใช้จ่ายในการปฏิบัติชำระหนี้เพิ่มสูงขึ้นได้ เว้นแต่ในกรณีที่ค่าใช้จ่ายเพิ่มสูงในระดับที่เกินความคาดหมายอย่างยิ่ง (unheard levels) เช่นในคดี *Tradax Export S.A. v. Andre & Cie [1976]*¹²⁷

การตกลงให้สิทธิเลิกสัญญาเช่นนี้ย่อมเป็นการสอดแทรกสิทธิเลิกสัญญาเข้ามาในสัญญาโดยความต้องการของคู่สัญญาและซึ่งเข้าใจว่าทำให้เรื่องนี้ไม่อยู่ภายใต้เรื่องการเลิกสัญญาทั่วไปที่จำแนกข้อสัญญาตามสภาพหรือลักษณะของข้อนั้นๆ¹²⁸

แม้ว่าข้อสัญญาที่ให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญาเช่นว่าจะคู่สัญญาจะมีอิสระในการกำหนดขอบเขตของข้อสัญญาที่กว้างมาก แต่การกำหนดขอบเขตกว้างมากเกินไปหรือไม่ชัดเจนในรายละเอียดอาจเกิดปัญหาขึ้นได้ ดังเช่นในคดี *Rice (t/a Garden Guardian) v. Great Yarmouth Borough Council [2000]* ข้อเท็จจริงปรากฏว่าโจทก์เข้าทำสัญญากับจำเลยที่เป็นหน่วยงานท้องถิ่นจำนวนสองฉบับที่เกี่ยวกับการบริหารจัดการสนามกีฬาและบำรุงรักษาสวนสาธารณะและสนามเด็กเล่น ต่อมาจำเลยบอกเลิกสัญญาโดยอ้างเหตุตามข้อ 23.2.1 ใจความว่าถ้าผู้รับจ้างกระทำผิดหน้าที่ข้อใดๆ ตามสัญญา (if the contractor commits breach of any its obligation under the contract ...) ผู้ว่าจ้างมีสิทธิเรียกให้แก้ไขเยียวยาหรือมีสิทธิเลิกสัญญาเป็นหนังสือได้ทันที และศาลอุทธรณ์ในคดีนี้วินิจฉัยว่าจำเลยผู้ว่าจ้างไม่มีสิทธิเลิกสัญญา (defendant had not been entitled to termination the contract) และให้จำเลยมีความรับผิดชอบในความ

¹²⁶ *Ibid.*, p. 192.

¹²⁷ Gareth H. Johnes and Peter Schlechtriem, “Breach of Contract (Deficiencies In A Party’s Performance),” *International Encyclopedia of comparative law*, vol. VII, pt. 2, ch. 15, ed. Aurther T. Von Mehren (Tübingen: Mohr Siebeck, 2008) s. 15-204, see also *Tradax Export S.A. v. Andre & Cie [1976]* 1 *Lloy’s Rep.* 416.

¹²⁸ Ewan Mckendrick, *supra* note 121, p. 806.

เสียหายที่เกิดจากการเลิกสัญญามิชอบนั้น (wrongful termination) เนื่องจากเห็นว่าข้อที่ให้จำเลยมีสิทธิเลิกสัญญาได้เมื่ออีกฝ่ายผิดข้อสัญญาใดๆ (breach of ‘any’ term) ไม่สอดคล้องกับสามัญสำนึกในทางการค้าพาณิชย์ (flew in face of commercial common sense)¹²⁹ ด้วยเหตุนี้เข้าใจว่าทางแก้ไขอยู่ที่การจัดทำข้อสัญญาอย่างรัดกุมขึ้นด้วยการเลือกใช้ถ้อยคำว่า ‘material breach’ หรือ ‘substantial breach’ เพื่อให้เป็นเหตุในการเลิกสัญญา¹³⁰

4.3.1.2 การผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญของสัญญา (breach of a condition)

สิทธิเลิกสัญญาย่อมเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการผิดข้อสัญญาประเภทที่เป็น ‘condition’ เท่านั้นซึ่งแตกต่างจากข้อสัญญาอีกประเภทที่เรียกว่า ‘warranty’¹³¹ ซึ่งหมายถึง ข้อสัญญาใดๆ ซึ่งมีเนื้อหาในลักษณะกำหนดข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใดไว้¹³² ด้วยเหตุนี้ปัญหาสำคัญในเรื่องนี้ย่อมตกอยู่แก่การวินิจฉัยว่าข้อสัญญาที่ถูกฝ่าฝืนนั้นถือเป็น ‘condition’ หรือไม่¹³³ โดยศาสตราจารย์ G.H. Treitel มีความเห็นว่าข้อที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา (condition) และข้อตกลงในลักษณะที่เป็นเงื่อนไขบังคับของสัญญา (condition precedence) ถือเป็นหนึ่งในเรื่องที่ยากที่สุดในการกฎหมายสัญญาเนื่องจากมีการให้ความหมายที่แตกต่างหลากหลาย (one of the most notorious source of the law of contract is the variety of sense in which it uses the expression ‘condition’) ตัวอย่างเช่น กรณีข้อตกลงทั่วไปทางการค้า (standard term of trade) ที่มีกระบุหัวข้อกว้างๆ ว่าเป็นเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ทั่วไปของการทำธุรกิจ (terms and conditions of business) ซึ่งยากที่จะวินิจฉัยได้ว่าข้อตกลงใดจะมีความสำคัญถึงขนาดที่การฝ่าฝืนข้อตกลงนั้นทำให้อีกฝ่ายมีสิทธิเลิกสัญญา¹³⁴ สำหรับปัญหาเรื่องการให้ความหมายของข้อที่เป็นสาระสำคัญของสัญญานั้นเกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจนอย่างยิ่งในถ้อยคำนั้นเอง (not so clear) และทำให้ยากแก่การตีความ (difficulties of interpretation) อีกทั้งคำว่า ‘condition’ ได้ถูกนำไปใช้หลายลักษณะตามกฎหมาย (used by law) อันได้แก่ ลักษณะที่หนึ่งเป็นข้อสัญญาที่มีความสัมพันธ์กับเหตุการณ์ที่ไม่

¹²⁹ *Ibid.*, pp. 806-811.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 811.

¹³¹ Stephen A. Smith, *supra* note 119, p. 193, see also Ewan Mckendrick, *supra* note 121, p. 774.

¹³² Stephen A. Smith, *supra* note 119, p. 193.

¹³³ Ewan Mckendrick, *supra* note 121, p. 774.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 774

แน่นอน (contingent condition) ซึ่งทำให้หนี้มีผลหรือสิ้นผลไปซึ่งแบ่งได้สองประเภทก็คือ เงื่อนไขบังคับก่อน (condition precedence) และเงื่อนไขบังคับหลัง (condition subsequent) เป็นต้น¹³⁵ ถ้าข้อสัญญาอันหนึ่งที่เป็นเงื่อนไขที่ทำให้สัญญาเกิดมีผลผูกพันตามกฎหมายจะเรียกกันว่า ‘condition precedent’ บรรทัดฐานของเรื่องนี้อยู่ในคำวินิจฉัยคดี *Pym v. Campbell* ซึ่งข้อตกลงที่ว่าจำเลยตกลงที่จะซื้อสิทธิบางส่วนในสิ่งประดิษฐ์ของผู้ฟ้องคดี ต่อเมื่อสิ่งประดิษฐ์นั้นได้รับการอนุมัติหรือรับรอง (approved) จากบุคคลที่สามเสียก่อน เป็นต้น และการบกพร่องไม่เป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าวมีผลทำให้สัญญาไม่มีผลบังคับ (never come into operation) กล่าวคือมีผลยับยั้งมิให้หนี้ของคู่สัญญาทั้งหลายถึงกำหนดชำระ (prevented from coming due) และไม่ถือว่ามี การผิด (breach) ต่อหน้าที่ตามสัญญาแต่ประการใด นอกจากนี้ ‘condition subsequent’ เช่น ข้อตกลงที่ให้สัญญาเช่าเลิกกันต่อเมื่อทรัพย์สินที่เช่าตกไปอยู่ในมือของบุคคลที่สาม (required by third party) ซึ่งแม้ว่าจะคล้ายคลึงกับ ‘condition’ ก็ตาม¹³⁶ สำหรับ ‘condition’ ในลักษณะที่สองเป็นข้อสัญญาที่มีกำหนดให้กระทำการหรือไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด (promissory condition) ซึ่งศาสตราจารย์ G.H. Treitel ได้เห็นว่าเรื่อง ‘promissory condition’ มีความหมายเป็นอีกสองลักษณะคือ ลักษณะที่หนึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสำเร็จของการชำระหนี้ และลักษณะที่สองเป็นเรื่องเกี่ยวกับการชำระหนี้ให้ถูกต้องตามที่ตกลง (The first related to the order of performance, while the second related to the conformity of performance rendered with that promised) ตัวอย่างเช่น ผู้รับเหมาทำสัญญากับเจ้าของที่ดินในการก่อสร้างและตกลงให้ชำระเงินค่าจ้างเมื่องานสำเร็จ (payment is to be made on completion of work) ความสำเร็จของงานย่อมถือเป็นเงื่อนไขบังคับก่อน (condition precedence) ของหนี้ของฝ่ายผู้ว่าจ้างกล่าวคือการจ่ายเงินค่าจ้างและถือเป็นข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการชำระหนี้ (promissory condition) ของฝ่ายผู้รับเหมาในข้อตกลงที่จะทำการงานให้สำเร็จ และในทางกลับกันผู้รับเหมาอาจผิดข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการชำระหนี้ (promissory condition) ในเรื่องคุณภาพของการชำระหนี้ (the quality of the performance) โดยไม่เกี่ยวข้องกับความสำเร็จของการชำระหนี้ (the order of the performance) เนื่องจากผู้รับเหมาจัดทำงานจนสำเร็จแต่มีความชำรุดบกพร่อง (the builder completes the work defectively)¹³⁷ ซึ่งบางครั้งการที่ไม่ปฏิบัติตาม ‘promissory condition’ ในบางกรณีอาจถือได้ว่าเป็นการผิดสัญญาใน ‘condition’ ในความหมายที่เป็นข้อสาระสำคัญและนำไปสู่การเกิดสิทธิ

¹³⁵ *Ibid.*, p. 775

¹³⁶ Stephen A. Smith, *supra* note 119, pp. 193-194.

¹³⁷ Ewan Mckendrick, *supra* note 121, pp. 774-775.

เลิกสัญญาอีกด้วย เช่น หากผู้ซื้อได้ส่งมอบสินค้าหลังจากเวลาที่กำหนดหรือล่วงเลยระยะเวลาที่เหมาะสมไปผู้ขายย่อมมีสิทธิเลิกสัญญาได้ เป็นต้น แต่ก็ไม่ได้เป็นเช่นนั้นในทุกกรณีไปเนื่องจาก ‘promissory condition’ อาจเป็นระบุถึงหน้าที่อันมิใช่สาระสำคัญแต่เป็นเพียงเงื่อนไขเพื่อให้อีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้ที่เล็กน้อยเป็นการตอบแทนก็เป็นได้¹³⁸ และด้วยเหตุนี้ทำให้มีความยากลำบากในการทำ ความเข้าใจในความหมายแห่งถ้อยคำอย่างยิ่ง (terminological difficulties)¹³⁹

ข้อตกลง (terms) ที่เป็นข้อสาระสำคัญของสัญญา หรือ ‘condition’ อาจจัดแบ่ง ได้สามประเภทตามลักษณะแหล่งที่มาได้แก่ ประเภทที่หนึ่งมีกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภากำหนดไว้ (by parliament) ประเภทที่สองเป็นกรณีที่ศาลคอมมอนลอว์มีคำวินิจฉัยไว้ (by court) และประเภทที่ สามกรณีที่คู่สัญญาให้ถือเป็นข้อสาระสำคัญ (by the contracting parties themselves)¹⁴⁰

(1) ข้อสาระสำคัญของสัญญาที่บัญญัติในกฎหมายลายลักษณ์อักษร

สำหรับข้อที่สาระสำคัญของสัญญาประเภทที่หนึ่งนั้น ข้อตกลงที่เป็นข้อ สาระสำคัญได้ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา ตัวอย่างบทบัญญัติที่รู้จัก กันดีย่อมได้แก่ ข้อตกลงที่เป็นสาระสำคัญที่บัญญัติใน the Sale of Good Act 1979 ซึ่งมีเนื้อหา กำหนดหน้าที่หลายประการให้ผู้ขายต้องปฏิบัติตามและการฝ่าฝืนย่อมถือว่าผู้ขายผิดสัญญาที่เป็นข้อ สาระสำคัญ (classified as condition)¹⁴¹ เช่น มาตรา 13 กำหนดให้ข้อตกลงเกี่ยวกับสินค้าที่ซื้อ ขายต้องเป็นไปตามคำพรรณนา (description) ให้ถือโดยปริยายว่าเป็นข้อสัญญาประเภท ‘condition’¹⁴² นอกจากนี้ยังมีในเรื่องสินค้าต้องได้คุณภาพหรือเหมาะสมแก่สภาพการใช้งาน และ สินค้าต้องเป็นไปตามตัวอย่าง (sample) เป็นต้น และทำให้ผู้ซื้อที่มีสิทธิบอกปิดไม่รับสินค้าได้ (right to reject the goods) อย่างไรก็ตามมีแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าว เพื่อจำกัดสิทธิของผู้ซื้อใน การบอกปิดไม่รับสินค้าด้วยเหตุผลในทางเทคนิค (technical reasons) เช่น ในการซื้อขายที่มีใช้เชิง พาณิชย (commercial contract) หากผู้ขายผิดข้อสัญญาในลักษณะที่ก่อให้เกิดผลไม่ร้ายแรง (slightly) ในเรื่องคุณภาพของสินค้าก็ดี ความเหมาะสมแก่การใช้งานก็ดี หรือตามที่ได้พรรณนาไว้ก็ดี และผู้ซื้อบอกปิดไม่รับสินค้าอย่างไม่ชอบด้วยเหตุผล (unreasonable) ให้ถือว่าข้อตกลงทำนองนั้นมี

¹³⁸ Stephen A. Smith, *supra* note 119, pp. 193-194.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 193.

¹⁴⁰ Ewan Mckendrick, *supra* note 121, p. 776.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 776.

¹⁴² Stephen A. Smith, *supra* note 119, p. 193.

ฐานะเป็นเพียง ‘warranty’ เท่านั้น และทำให้จำกัดสิทธิในการเลิกสัญญาของผู้ซื้อ¹⁴³ และเป็นที่ยืนยันว่าศาลคอมมอนลอว์ต้องยอมรับตามเจตนารมณ์ของรัฐสภาที่สื่อผ่านบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น¹⁴⁴

(2) ข้อสาระสำคัญของสัญญาตามเจตนาของคู่สัญญา

สำหรับข้อที่สาระสำคัญของสัญญาประเภทที่สอง เป็นกรณีที่เกิดขึ้นได้ง่ายที่สุดเนื่องจากคู่กรณีแห่งสัญญาได้ตกลงกันว่าจะให้ข้อสัญญาข้อใดข้อหนึ่งมีฐานะเป็นข้อสาระสำคัญของสัญญา ด้วยเหตุนี้ทำให้การฝ่าฝืนต่อ ‘condition’ ซึ่งในความเป็นจริงเป็นเรื่องเล็กน้อยอย่างยิ่งหรือไม่เป็นข้อสาระสำคัญอันแท้จริงทำให้อีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาได้อย่างไม่มีเงื่อนไข เช่น การส่งมอบสินค้าที่มีความแตกต่างแต่เพียงเล็กน้อยจากที่พรรณนาไว้ ผู้ซื้ออาจบอกปิดไม่รับสินค้านั้นได้ เป็นต้น¹⁴⁵ ในกรณีที่ข้อสัญญากำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าข้อตกลงใดเป็นข้อสาระสำคัญ ‘condition’ แต่เมื่อพิจารณาแล้วคู่สัญญาอาจกำหนดไปโดยไม่คิดจริงจังแต่ประการใด เช่น คำวินิจฉัยในคดี *Wickman v. Schuler AG* ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแต่งตั้งอีกฝ่ายหนึ่งเป็นตัวแทนจำหน่าย (distributor) หรือผู้ขาย (Sale) และในข้อ 7b (i) ผู้กระจายสินค้าต้องไปตรวจเยี่ยมลูกค้า 6 รายต่อสัปดาห์และให้ถือว่าข้อสัญญานี้มีสถานะเป็นข้อสาระสำคัญของสัญญา (it shall be condition of this agreement) แต่เมื่อพิจารณาจากระยะเวลาจนสิ้นสุดสัญญาจะทำให้ตัวแทนจำหน่ายต้องเดินทางถึง 1400 เที่ยว และการบกพร่องแค่เพียงครั้งเดียวอาจเกิดผลร้ายแรงถึงขั้นเลิกสัญญาได้เลย นอกจากนี้สัญญาข้อที่ 7b มีเนื้อหาที่ขัดแย้งอย่างชัดเจนกับข้อ 11a (i) ที่กำหนดว่าเมื่อมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น ฝ่ายที่ผิดต้องจัดการแก้ไขภายใน 60 วันนับแต่ได้รับคำบอกกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษร (by notice in writing) ด้วยเหตุนี้ศาลคอมมอนลอว์จึงเห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างข้อ 7b และข้อ 11 บ่งชี้ได้ว่าคู่กรณีมิได้ให้ความสนใจหรือให้ความสำคัญแต่อย่างใด (ill-thought out) จนทำให้มีการร่างข้อสัญญาที่ไม่ถี่ถ้วนเช่นนั้น (bad draft) และเมื่อมีความไม่ชัดเจนว่าการผิดข้อสัญญา 7b จะทำให้เกิดการเลิกสัญญาได้หรือไม่ ทำให้น่าเชื่อว่าคู่สัญญาจะดำเนินสัญญาไปอย่างไม่เข้มงวดมากกว่าการบังคับตามสัญญาอย่างเคร่งครัดจริงจัง (the parties had adopted a standard of easygoing tolerant rather than one of aggressive, insistent punctuality and efficiency)¹⁴⁶ ในทางกลับกันหากคู่สัญญาเห็นว่าหน้าที่ตามข้อสัญญาใดเป็นแก่นสาระของสัญญาจริงๆ (essential) ก็ย่อมกระทำโดยระบุให้สิทธิเลิก

¹⁴³ *Ibid.*, p. 197, see also Ewan Mckendrick *supra* note 119, pp. 776-777.

¹⁴⁴ Ewan Mckendrick, *supra* note 121, p. 796.

¹⁴⁵ Stephen A. Smith, *supra* note 119, p. 197

¹⁴⁶ Ewan Mckendrick, *supra* note 121, pp. 777-784.

สัญญาเกิดขึ้นหากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามหน้าที่นั้น¹⁴⁷ ตัวอย่างอยู่ในคำวินิจฉัยคดี *Lombard North Central plc v. Butterworth* ที่มีการใช้คำว่า ‘of essence’ ที่สื่อความหมายว่าข้อดังกล่าวเป็นข้อที่มีความสำคัญของสัญญาแทนคำว่า ‘condition’ เช่น ข้อ 2a (i) กำหนดว่าผู้เช่าตกลงที่จะชำระค่าเช่าตรงตามกำหนดเวลา (to pay to lessor punctually) และให้ถือว่าการชำระหนี้ตามกำหนดนั้นเป็นข้อสำคัญในสัญญา (punctual payment of each which shall be of the essence of this lease..) และแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญามีอิสระที่จะกำหนดให้ข้อสัญญาใดก็ได้มีสถานะเป็นข้อสาระสำคัญของสัญญา (parties free to classify as a condition a term which would not otherwise amount of condition) ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (freedom of contract)¹⁴⁸

(3) ข้อสาระสำคัญของสัญญาตามแนวคำวินิจฉัยของศาลคอมมอนลอว์

เมื่อข้อสัญญาข้อหนึ่งมิได้ถูกจำแนกว่ามีความสำคัญมากน้อยเพียงใดโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือโดยเจตนาของคู่กรณีแห่งสัญญา จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลในคดี *Marederento Compania Neviera SA v. Bergbau-Handel GmbH* [1971] พบว่าตามข้อที่หนึ่ง (clause 1) ระบุว่าเรือพร้อมที่จะโหลดสินค้าตามสัญญาขนส่งนี้ภายในวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1965 (the vessel was expected ready to load under this charter about 1 July 1965) แต่เรือ ‘Mihalis Angelo’ ซึ่งเป็นเรือที่จะใช้ขนส่งอยู่ในระหว่างเดินเรือในเส้นทางอื่นและคาดว่าจะเดินทางไม่ถึงท่าเรือ Haiphong ประเทศเวียดนาม ซึ่งเป็นท่าเรือที่จะใช้ขนส่งสินค้าจนกระทั่งถึงกลางเดือนกรกฎาคม แม้ว่าในระหว่างนั้นผู้ส่งสินค้าจะเกิดปัญหาในการจัดเตรียมสินค้าเนื่องจากมีสงครามเวียดนามและจะพยายามติดต่อเจ้าของเรือเพื่อขอเลิกสัญญาด้วยเหตุสุดวิสัย (force majeure) ก็ตาม แต่ผู้พิพากษา Megew LJ เห็นว่าข้อสัญญาที่ระบุกำหนดเวลาชำระหนี้อย่างชัดเจนนั้น (Clause 1) ย่อมถือเป็นข้อสาระสำคัญของสัญญา (clause 1 was condition) ด้วยเหตุผลหลายประการและหนึ่งในเหตุผลสำคัญคือความแน่นอนในหลักกฎหมาย (a degree of rigidity)¹⁴⁹ แม้ว่าคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะมีพฤติการณ์ในลักษณะที่ไม่ค่อยสุจริตนักก็ตาม (both of parties may have acted in bad faith)¹⁵⁰

คดี *Burge Corporation New York v. Tradax Export SA* [1981] 1 WLR 711 ซึ่งการทำสัญญาในเชิงการค้าพาณิชย์ (mercantile contract) นั้นถ้าได้มีการระบุข้อสัญญา

¹⁴⁷ Stephen A. Smith, *supra* note 119, p. 197.

¹⁴⁸ Ewan Mckendrick, *supra* note 121, pp. 784-789.

¹⁴⁹ *Ibid.*, pp. 796-197.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 800.

เกี่ยวกับกำหนดเวลาเอาไว้ (stipulation as to time) ย่อมถือได้ว่าข้อสัญญาในเรื่องกำหนดเวลานั้นเป็นข้อสาระสำคัญของสัญญา (essence)¹⁵¹ โดยคู่สัญญาทำสัญญามาตรฐานที่เรียกว่า GAFTA 119 และข้อพิพาทเกิดขึ้นในงวดส่งสินค้าเดือนมิถุนายน ผู้ซื้อไม่มีสิทธิกำหนดวันส่งสินค้า (time of shipment) แต่ทั้งนี้สัญญาข้อที่ 7 (Clause 7) กำหนดให้ผู้ซื้อต้องแจ้งรายละเอียดในเรื่องเรือสินค้าและกะประมาณจำนวนสินค้าที่ต้องการให้ผู้ขายทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 15 วันทำการ (... give at least [15] consecutive days' notice of probable readiness of vessel(s) and of the approximate quantity required to be loaded ...) และวันสุดท้ายของการส่งคือวันที่ 30 มิถุนายน เมื่อนับย้อนหลังไปอย่างน้อยสิบห้าวันทำการ ผู้ซื้อจึงต้องแจ้งให้ผู้ขายทราบในรายละเอียดข้างต้นตั้งแต่วันที่ 12 มิถุนายน แต่ผู้ซื้อกลับแจ้งเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน ศาลคอมมอนลอร์เห็นว่าสัญญาข้อที่ 7 ดังกล่าวถือเป็นข้อที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา ด้วยเหตุนี้ควรสังเกตว่าคู่สัญญาไม่ได้กำหนดให้ข้อสัญญาดังกล่าวมีสถานะเป็นข้อสาระสำคัญแต่อย่างใด แต่กฎหมายอังกฤษมีแนวโน้มที่จะถือว่าข้อตกลงในเรื่องเวลาที่อยู่ในสัญญาพาณิชย์มีความสำคัญ และการผิดสัญญาข้อนั้นๆ แม้จะเพียงเล็กน้อยย่อมก่อให้เกิดสิทธิเลิกสัญญาแก่อีกฝ่ายได้¹⁵² แต่ทั้งนี้มิใช่อยกเว้นตามมาตรา 10 (1) ของ the Sale of Goods Act 1979 ซึ่งกำหนดว่าข้อสัญญาเกี่ยวกับกำหนดเวลาชำระราคาสินค้า (time of payment) ซึ่งเป็นหน้าที่ของผู้ซื้อตามสัญญานั้นมิให้ถือว่าเป็นสาระสำคัญ (essence) ตามสัญญาซื้อขายสินค้า (contract for the sale of goods)¹⁵³ นอกจากนี้ข้อเท็จจริงในคดี *Burge v. Tradas [1981]* ข้างต้นยังไม่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 15A the Sale of Goods Act 1979 ที่กำหนดให้ผู้ขายมีหน้าที่หลายประการตามมาตรา 13-15 เนื่องจากข้อเท็จจริงในคดีนี้เกิดจากผู้ซื้อเป็นฝ่ายผิดสัญญามิใช่ผู้ขาย¹⁵⁴ และอาจกล่าวโดยทั่วไปได้ว่าตามสัญญาซื้อขายสินค้านั้น หากผู้ขายส่งมอบสินค้าไม่ตรงตามเวลาที่ได้ตกลงไว้ย่อมถือได้ว่าเป็นการผิดข้อสัญญาประเภท 'condition' ไม่ว่าการล่าช้านั้นจะเป็นเพียงหนึ่งนาทีกหรือหนึ่งเดือนก็ตาม และก่อให้เกิดสิทธิตามกฎหมายแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายในอันที่จะบอกเลิกสัญญาได้ ดังข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดี *Union Eagle Ltd v. Golden Achievement Ltd.* ที่ว่าสัญญาซื้อขายแฟลตแม้ว่าผู้จะซื้อ (purchaser) จะได้บอกกล่าวเสนอราคา (tender) ต่อผู้จะขาย

¹⁵¹ Stephen A. Smith, *supra* note 119, p. 200.

¹⁵² Ewan Mckendrick *supra* note 121, pp. 800-805.

¹⁵³ Stephen A. Smith, *supra* note 119, p. 200.

¹⁵⁴ Ewan Mckendrick, *supra* note 121, p. 805.

ล่าช้าไปเพียงสิบนาทีก็ตาม การล่าช้าดังกล่าวย่อมมีผลทำให้ผู้จะขายมีสิทธิบอกเลิกสัญญาโดยชอบได้¹⁵⁵

4.3.1.3 การผิดสัญญาอย่างร้ายแรงในข้อสัญญาซึ่งอาจไม่สำคัญ (serious breach of ‘intermediate’ terms)

คดี *Hong Kong Fir Shipping Co v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd* [1962] 2 QB 26. ถือเป็นคดีที่ทำให้ศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) มีโอกาสจัดความสัมพันธ์ระหว่างข้อสาระสำคัญของสัญญา (condition) และข้อที่ไม่สำคัญ (warranty) ที่ยากจะแบ่งได้ชัด รวมทั้งอธิบายขยายความหลักที่ใช้พิจารณาเรื่องการผิดสัญญาที่ร้ายแรงเพียงใดจึงจะนำไปสู่การเลิกสัญญา (test for termination) โดยข้อเท็จจริงในคดีมีอยู่ว่าในข้อสัญญาที่จัดทำกำหนดว่าเรือที่ใช้ขนส่งต้องมีสภาพที่เหมาะสมแก่การเดินเรือ (seaworthy) ซึ่งหากพิจารณาโดยผิวเผินอาจเห็นว่าเป็นข้อสัญญาที่มีความสำคัญยิ่ง (important term) แต่ในความเป็นจริงแล้วเหตุแห่งการบกพร่องไม่เป็นไปตามข้อตกลงนั้นย่อมมีรุนแรงหลายระดับอันได้แก่ การที่ท้องเรือมีรูรั่วย่อมเป็นเหตุร้ายแรง (serious reason) ในทางกลับกันความบกพร่องไม่ได้ติดตั้งธงประจำเรือหรือหลอดไฟสัญญาณบางดวงขาดหายหรือดับไปอาจถือเป็นเพียงการผิดข้อตกลงด้วยเหตุเล็กน้อยเท่านั้น (trivial reason) อีกทั้งเห็นว่าการผิดข้อตกลงประเภทที่เกิดจากเหตุเล็กน้อยสามารถแก้ไขเยียวยาได้โดยง่ายและเป็นการไม่สมควรจะที่ลบล้างผลแห่งสัญญาไปทั้งฉบับ ด้วยเหตุผลข้างต้นศาลจึงได้จำแนกข้อตกลงออกมาอีกหนึ่งประเภท กล่าวคือ ‘intermediate terms’ หรือ ‘innominate terms’ ซึ่งเป็นข้อตกลงประเภทที่ไม่อาจจำแนกเข้าข้อตกลงที่มีความสำคัญมากถึงขั้นเป็น ‘condition’ แต่ก็มีความสำคัญไม่น้อยกว่า ‘warranty’ และวางหลักต่อไปว่าการกระทำผิดข้อตกลงประเภท ‘intermediate terms’ หรือ ‘innominate terms’ ที่ในลักษณะที่ร้ายแรงอย่างยิ่ง (serious breach) อาจนำไปสู่การเกิดสิทธิเลิกสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ และในทางกลับกันหากเหตุแห่งการผิดข้อตกลง ‘innominate terms’ อันมีลักษณะที่ไม่ร้ายแรงย่อมไม่อาจทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเลิกสัญญาได้¹⁵⁶ สำหรับข้อพิจารณาว่าการกระทำผิดหรือฝ่าฝืนต่อข้อตกลงที่ถือได้ร้ายแรงถึงขนาดนำไปสู่การเลิกสัญญาย่อมขึ้นอยู่กับ การกระทำผิดข้อตกลงหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวมีผลกระทบกระเทือนโดยตรงต่อองค์ประกอบสำคัญ (substance of contract) หรือสาระสำคัญของสัญญา (essential of contract) หรือไม่เพียงใด และนำไปสู่ความบกพร่องหรือไม่สมบูรณ์ของการชำระหนี้ตามสัญญาทั้งหมด¹⁵⁷ ซึ่งผู้พิพากษา

¹⁵⁵ Stephen A. Smith, *supra* note 119, p. 200.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 199.

¹⁵⁷ *Ibid.*

Diplock LJ ในคดีดังกล่าวมีความเห็นว่าการผิดสัญญาต้องทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดต้องสูญเสียประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการชำระหนี้ตามสัญญาอย่างมีนัยยะสำคัญ (the breach must be such as to deprive the innocent party substantially of the benefit that he intended to obtain from performance) นอกจากนี้ยังมีปัจจัยอีกหลายประการที่มีผลต่อเรื่องดังกล่าวซึ่งได้แก่ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญา (the losses caused by the breach) ค่าใช้จ่ายที่ต้องใช้ในการปฏิบัติตามข้อสัญญา (the cost of making performance comply with the terms of the contract) มูลค่าของการชำระหนี้หากคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดได้รับชำระหนี้ (the value of performance) เจตนาของคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดในการที่จะบรรเทาผลที่เกิดจากการผิดสัญญา (willingness to make good consequence of the breach) โอกาสในการกระทำผิดสัญญาเพิ่มเติมของฝ่ายที่ผิด (likelihood of a further breach) และจำนวนค่าเสียหายที่เพียงพอต่อการเยียวยาฝ่ายที่ไม่ผิดสัญญา (the adequacy of damages as a remedy to the innocent party) เป็นต้น¹⁵⁸

4.3.1.4 คู่สัญญาที่มีพฤติการณ์ที่ไม่ประสงค์จะผูกพันตามสัญญา (Repudiation of Contract)

โดยหลักทั่วไปการผิดสัญญาในระบบกฎหมายอังกฤษจะเกิดขึ้นต่อเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่าฝืนหรือปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาที่ถึงกำหนดชำระหรือปฏิบัติตามชำระหนี้อย่างบกพร่องหรือทำให้ตนเองไม่อาจปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาได้ และการผิดสัญญาย่อมก่อให้เกิดทางเลือก (options) แก่คู่กรณีฝ่ายที่ไม่ผิดหลายประการซึ่งขึ้นอยู่กับระดับความร้ายแรงของการผิดสัญญา (depends upon the seriousness of the breach) ไม่ว่าจะเป็นเรียกค่าเสียหาย การขอบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาปฏิบัติตามสัญญา และการใช้สิทธิเลิกสัญญา เป็นต้น¹⁵⁹ ทั้งนี้การผิดสัญญาที่ก่อให้เกิดสิทธิเลิกสัญญาแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายมักถูกเรียกว่า ‘repudiation breach’¹⁶⁰ หรือการกระทำผิดสัญญาแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาไม่ประสงค์ที่จะปฏิบัติตามสัญญาต่อไป

และเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีการแสดงออกชัด (evinced) ซึ่งเจตนาว่าจะไม่ปฏิบัติตามสัญญา (‘renunciation’ or ‘repudiation’) หรือโดยอากัปกิริยาอย่างใดๆ ที่เห็นได้ชัดเจนถึงเจตนาเช่นนั้น ผู้พิพากษา Devlin J กล่าวไว้ในคดี *Universal Cargo Carriers Corp v. Citati*

¹⁵⁸ Ewan Mckendrick, *supra* note 121, p. 795.

¹⁵⁹ Ewan Mckendrick, *Contract Law*, 11th Edition (London: Palgrave, 2015) pp. 330-331.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 332.

[1957] ว่าคู่สัญญาได้มีการกระทำที่ทำให้วิญญาณที่มีเหตุผลโดยชอบเข้าใจได้ว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นไม่มีเจตนาที่จะปฏิบัติตามภาระหนี้ตามสัญญาในส่วนของตนให้เป็นผลสำเร็จ (the party has acted in such a way as to lead a reasonable person to conclusion that he does not intend to fulfil his part of contract)¹⁶¹ และนอกจากนี้ในคดี *Denmark Production Ltd v. Boscobel Production Ltd* [1968] ผู้พิพากษา Winn LJ มีความเห็นต่อไปว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาจแสดงให้เห็นโดยพฤติการณ์ว่าไม่ประสงค์ที่จะผูกพันตามสัญญาอีกต่อไปไม่ว่าจะด้วยวาจาหรืออากัปกิริยาอื่นใด และอีกฝ่ายหนึ่งอาจตอบรับความประสงค์ดังกล่าว (accept the repudiation) ด้วยการฟ้องร้องเพื่อเรียกค่าเสียหายหรือขอให้ยุติความผูกพันตามสัญญาที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตได้อีกด้วย¹⁶² ด้วยเหตุนี้พฤติการณ์ที่ไม่ประสงค์จะปฏิบัติตามสัญญาต่อไปอาจเกิดขึ้นจากการแสดงออกอย่างชัดแจ้ง (expressly) หรือด้วยวาจา (orally) หรือลายลักษณ์อักษร (by writing) หรือโดยการกระทำ (conduct) ที่อาจบ่งบอกได้ถึงเจตนาเช่นนั้นก็ได้ แต่ที่สำคัญต้องแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นจะปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามสัญญาอย่างเด็ดขาด (absolute)¹⁶³ และการปฏิเสธที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาทั้งหมด (all) หรือส่วนที่มีเป็นสาระสำคัญ (substantially) อย่างเด็ดขาดนั้นย่อมเข้าลักษณะของการผิดสัญญาอย่างร้ายแรงอีกด้วย (fundamental breach)¹⁶⁴

และเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีการแสดงออกซึ่งเจตนาว่าจะไม่ปฏิบัติตามสัญญาเช่นนั้น คู่สัญญาอีกฝ่ายจึงอาจที่เลือกที่จะขอให้บังคับตามสัญญาต่อไปได้ (affirm) หรือเลือกที่ไม่บังคับต่อไปและเลิกสัญญา (disaffirm) ก็ได้ ซึ่งการเลือกที่จะบังคับตามสัญญาต่อไปเช่นนั้นก็ถือเป็นไปอย่างอิสระ (affirmation is a voluntary act) และคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดสัญญาต้องรู้ในข้อเท็จจริงที่

¹⁶¹ *Universal Cargo Carriers Corp v. Citati* [1957] 2 QB 401, 403, Cited in Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *infra note 165*, p. 513.

¹⁶² *Denmark Production Ltd v. Boscobel Production Ltd* [1968] 3 All ER 513, Cited in Stephen A. Smith, *supra note 119*, p. 203.

¹⁶³ Gareth H. Johnes and Peter Schlechtriem, *supra note 127*, s. 15-151, see also *Chilean Nitrate Sales Corporation v Pansuiza Compania de Navegacion SA and Marine Transportation Co Ltd ("The Hermosa")* [1982] 1 Lloyd's Rep. 570, 581.

¹⁶⁴ John Cartwright, Contract Law: An Introduction to the English Law of contract for Civil Lawyer, (Oregon: Hart Publishing, 2009) pp. 256-257.

ทำให้ตนเองมีสิทธิเลิกสัญญาอีกด้วย (party has knowledge of the right to elect)¹⁶⁵ และการที่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดเลือกที่จะเลิกสัญญาย่อมผลทำให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากหนี้หรือความผูกพันใดๆ ตามสัญญาที่อาจเกิดมีขึ้นในอนาคตซึ่งยังมิได้มีการชำระต่อกัน แต่ทั้งนี้ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งผิดสัญญานั้นหนี้หรือหน้าที่หลักตามสัญญา (primary obligation imposed by the contract) ของคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวย่อมแปรเปลี่ยนเป็นหนี้ลำดับรองในอันที่ต้องชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดจากการผิดสัญญาของตน (secondary right to pay damages for breach) ให้แก่ฝ่ายที่ไม่ผิดสัญญาอีกด้วย¹⁶⁶ และผู้พิพากษา Diplock LJ กล่าวไว้ในทำนองเดียวกันในคดี *Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd* [1980] ว่า ‘breaches of primary obligation give rise to secondary obligation’¹⁶⁷

และอาจกล่าวได้ว่าข้อความคิดที่ว่า การเลิกสัญญาที่ต้องมีการสนองรับจากคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดเช่นว่านั้นค่อนข้างคล้ายคลึงกับหลักการก่อให้เกิดสัญญา (formation of contract) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเลิกสัญญาโดยข้อตกลง (termination of contract by agreement) ซึ่งเป็นข้อความคิดที่สะท้อนให้เห็นแนวคิดคลาสสิก (classical tradition) ที่ต้องการเห็นการใช้สิทธิเลิกสัญญาเกิดขึ้นจากการตัดสินใจและเจตนาที่แท้จริงภายในใจของคู่กรณีฝ่ายที่ต้องเสียหาย (the exercise of choices and internal behavior) แต่ทั้งนี้ในหลายครั้งพบว่าคู่กรณีตามสัญญาถูกวินิจฉัยว่าจากพฤติกรรมที่แสดงออก (conduct) ว่าเขานั้นได้มีความประสงค์ที่จะไม่ผูกพันตามสัญญา แม้ในความเป็นจริงแล้วเขาจะปราศจากเจตนาที่จะกระทำเช่นนั้น แต่ทั้งนี้ความประพฤติของบุคคลก็ก่อให้เกิดความยุ่งยากแก่การตีความไม่น้อย โดยเฉพาะการกระทำของคู่สัญญาที่มีได้เป็นฝ่ายผิด (innocent party) ภายหลังจากที่เกิดการผิดสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่าย หากตีความคู่สัญญาที่มีได้เป็นฝ่ายผิดประสงค์ให้สัญญามีผลบังคับต่อไป (affirmed) ในทางกลับกันย่อมหมายถึงการสูญเสียสิทธิในการบอกเลิกสัญญาของฝ่ายนั้น นอกจากนี้การผิดสัญญาด้วยการแสดงออกว่าไม่ประสงค์ที่จะผูกพันตามสัญญา (repudiatory breach) ซึ่งมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญานั้นได้ทำคำเสนอ (offer) เพื่อขอเลิกสัญญาต่ออีกฝ่ายหนึ่งซึ่งจะไม่เกิดผลเป็นการเลิก

¹⁶⁵ Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *Anson's Law of Contract*, 29th Edition (Clarendon: Oxford University Press, 2010) p. 510.

¹⁶⁶ *Moschi v. Lep Air Service Ltd* [1973] AC 331, see also Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *Ibid.*, p. 510.

¹⁶⁷ *Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd* [1980] AC 827, Cited in Ewan Mckendrick, *supra* note 159, p. 333.

สัญญาจนกว่าจะได้รับการตอบรับ (no legal effect until it is accepted) ส่วนอีกฝ่ายมีสิทธิเลือกที่จะรับหรือไม่ตอบรับคำขอลเลิกสัญญา (to accept or to reject proposed termination) นั้นก็ได้ และหากคู่สัญญาที่มีได้เป็นฝ่ายผิดยืนยันจะให้สัญญามีผลต่อไป (reaffirm the contract) ฝ่ายนั้นต้องมีความพร้อมที่จะชำระหนี้ในส่วนของตนอีกด้วยซึ่งรายละเอียดจะในเรื่องการยืนยันให้สัญญามีผลต่อไปจะได้กล่าวในหัวข้อถัดไป¹⁶⁸ และถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดกระทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาเชื่อว่าไม่ใช้สิทธิเลิกสัญญาอาจต้องผูกพันตามการกระทำของด้วยเหตุแห่งกฎหมายปิดปาก (right will be estopped from exercising it)¹⁶⁹

ทั้งนี้พฤติการณ์ว่าไม่ประสงค์ที่ผูกพันตามสัญญาอีกต่อไปของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาจเกิดขึ้นก่อนที่การชำระหนี้จะถึงกำหนดชำระได้อีกด้วย และด้วยเหตุดังกล่าวอาจทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิเลิกสัญญาได้ก่อนที่หนี้ดังกล่าวจะถึงกำหนดชำระ ซึ่งรายละเอียดจะได้กล่าวในหัวข้อถัดไป

4.3.1.5 การผิดสัญญาก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ (Anticipatory Breach)

เมื่อกล่าวโดยทั่วไปแล้วการเลิกสัญญาย่อมจะต้องเกิดขึ้นได้เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาในเวลาที่ยังถึงกำหนดชำระตามสัญญา เว้นแต่ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้แสดงออกด้วยวาจาหรือพฤติการณ์ที่ทำให้เห็นว่าจะไม่ยอมชำระหนี้ตามสัญญาทั้งหมดหรือแต่บางส่วนในเวลาที่ยังถึงกำหนดเวลาต้องชำระ¹⁷⁰ ซึ่งรวมถึงการไม่สามารถชำระหนี้ (cannot perform his obligations) หรือจะปฏิบัติชำระหนี้ในลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับข้อตกลงในสัญญาก็ตาม (intends to carry out in a way that is not consistent with the terms of contract) ซึ่งพฤติการณ์เหล่านี้อาจเรียกได้ว่า ‘Anticipatory Breach’ และสถานการณ์ดังกล่าวทำให้คู่สัญญาที่ไม่ผิดต้องตกอยู่ในความไม่แน่นอนอย่างยิ่ง (state of uncertainty) อย่างไรก็ตามมีผู้โต้แย้งว่าการบอกกล่าวล่วงหน้าว่าจะไม่ปฏิบัติตามสัญญาเช่นนั้นอาจก่อให้เกิดประโยชน์ในลักษณะที่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดอาจแสวงหาการปฏิบัติชำระหนี้จากแหล่งอื่นเพื่อลดความสูญเสียได้อีกทางหนึ่ง อย่างไรก็ตามศาลคอมมอนลอว์ได้เริ่มต้นให้ความคุ้มครองแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดด้วยการยอมให้มีการเยียวยาจากการกระทำผิดในลักษณะดังกล่าว (remedies for breach) ในคดี *Hochster v De la Tour* (1853) 2 E & B 678. ซึ่งวินิจฉัยว่าการที่จำเลยบอกกล่าวล่วงหน้าแก่โจทก์ก่อนเวลาที่หนี้ถึงกำหนดชำระว่าจะไม่ต้องการให้โจทก์ปฏิบัติตามสัญญาจ้างอีกต่อไป ย่อมทำให้โจทก์มีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้โดยไม่สนใจว่าการชำระ

¹⁶⁸ Stephen A. Smith, *supra* note 119, pp. 203-204.

¹⁶⁹ Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra* note 165, p. 510.

¹⁷⁰ Stephen A. Smith, *supra* note 119, p. 201.

หนี้ของโจทก์จะยังไม่ถึงกำหนดชำระก็ตาม และต่อมา *Frost v. Knight (1872) LR 7 Ex 111*. วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน¹⁷¹ นอกจากนี้คดี *Federal Commence & Navigation Ltd v. Molma Alpha Inc.* วินิจฉัยว่าการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้อันใดอันหนึ่งและทำให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องสูญเสียประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับตามสัญญาอย่างร้ายแรง (deprived the innocent party of substantially the whole benefit of contract) คู่สัญญาที่มีได้ผิดสัญญาย่อมมีสิทธิเลิกสัญญาได้ทันที อีกทั้งมีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้โดยไม่จำเป็นต้องรอให้กำหนดชำระหนี้แท้จริงล่วงพ้นไป และอาจกล่าวได้ว่าทางเลือกดังกล่าวเกิดขึ้นเนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาการกระทำที่บ่งชี้ให้เห็นถึงเจตนาที่จะปฏิเสธหรือไม่ประสงค์ที่จะปฏิบัติสัญญาอีกต่อไป (repudiated the contract)¹⁷²

และเมื่อมีเหตุการณ์ที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาล่วงหน้าว่าจะไม่ยอมชำระหนี้ตามสัญญาเมื่อเวลาที่หนี้ถึงกำหนด (anticipatory breach) คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดอาจเลือกที่จะเลิกสัญญาโดยยอมรับ (accept) ในความผิดของอีกฝ่ายและบอกกล่าวให้อีกฝ่ายทราบว่าคุณต้องการเลิกสัญญานั้นอีกด้วย แต่ในกลับกันฝ่ายที่มีได้ผิดอาจเลือกที่จะไม่ยอมรับ (choose not to accept) ด้วยการบอกกล่าวยืนยันให้ฝ่ายที่จะผิดสัญญาทราบว่าตนยังคงคาดหวังการปฏิบัติชำระหนี้และให้สัญญาที่มีผลบังคับต่อไปได้ (affirmation) และไม่ตัดสิทธิที่จะเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายอีกครั้งถ้าเกิดการผิดสัญญาในเวลาที่หนี้ถึงกำหนดอย่างแท้จริง โดยในเวลาที่หนี้ถึงกำหนดอย่างแท้จริงนั้นคู่สัญญาที่มีได้เป็นฝ่ายผิดสัญญาต้องพร้อม (ready) ที่จะชำระหนี้ในส่วนที่ตนรับผิดชอบอีกด้วย ซึ่งคำพิพากษาคดี *Fercometal SARL v Mediterranean Shipping Co. SA* ข้อเท็จจริงในคดีมีอยู่ว่าผู้เช่าเรือตามสัญญาเช่าเรือ (charter) แสดงให้เห็นว่าไม่ประสงค์ที่จะปฏิบัติตามสัญญาโดยไม่มีเหตุที่จะอ้างตามกฎหมาย (wrongfully repudiated) ด้วยการบอกกล่าวให้เจ้าของเรือทราบว่าฝ่ายผู้ว่าจ้างไม่พร้อมที่จะนำสินค้าโหลดลงเรือในเวลา queเรือเดินทางมาถึง (not be ready to load when the ship arrived) แต่เจ้าของเรือเลือกที่จะปฏิเสธข้ออ้างดังกล่าวและยืนยันให้ปฏิบัติตามสัญญาต่อไป ดังนั้นเจ้าของเรือควรที่จะนำเรือเข้าเทียบท่าเพื่อเตรียมความพร้อมสำหรับการโหลดสินค้าลงเรือ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้ผิดสัญญาต้องอยู่ในสถานะที่พร้อมที่จะชำระหนี้หากประสงค์ที่จะให้สัญญามีผลบังคับต่อไป (keep contract alive) อย่างไรก็ตามถ้าฝ่ายที่จะผิดสัญญาได้แสดงออกอย่างแน่วแน่ว่าไม่ประสงค์ที่จะปฏิบัติตามสัญญาอย่างแน่อน คู่สัญญาที่มีได้เป็นฝ่ายผิดสัญญาสามารถละทิ้ง (abandon) หน้าที่ในการชำระหนี้ของตนได้ด้วยเหตุที่ว่าคงไม่มีความจำเป็นใดๆ

¹⁷¹ Ewan Mckendrick, *supra* note 121, p. 819, see also Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra* note 165, pp. 514-515.

¹⁷² Stephen A. Smith, *supra* note 119, p. 201.

ที่จะต้องกระทำเช่นนั้นแล้ว ด้วยเหตุนี้ฝ่ายที่มีเจตนาจะผิดสัญญานั้นไม่อาจกล่าวอ้างการละทิ้งหน้าที่หรือไม่พร้อมในการปฏิบัติตามสัญญาของอีกฝ่ายในภายหลังเป็นข้ออ้างเพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดชอบได้¹⁷³

นอกจากนี้คู่สัญญาอาจเลือกที่จะให้สัญญามีผลต่อไป แม้ว่าอีกฝ่ายจะแสดงออกชัดหรือบอกกล่าวล่วงหน้าแล้วว่าไม่ประสงค์ที่จะปฏิบัติตามสัญญา และการเลือกที่จะขอให้ปฏิบัติตามสัญญาต่อไปอาจนำไปสู่ความเสียหายที่ลุกลามมากขึ้น (losses) แต่ทั้งนี้ก็ทำให้ฝ่ายที่ผิดสัญญาจำต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายที่เพิ่มขึ้นตามลำดับ (damages) ได้อีกด้วย เช่นในคดี *White & Carter (Council) Ltd v. McGregor* [1962] AC 143 วินิจฉัยว่ากรณีที่จำเลยบอกกล่าวให้โจทก์ทราบแล้วว่าขอยกเลิกสัญญา แต่โจทก์ไม่ยอมรับคำขอยกเลิกดังกล่าวและดำเนินการติดตั้งป้ายโฆษณาอยู่ต่อมาของจำเลยต่อไปตามสัญญา โจทก์มีสิทธิเรียกให้จำเลยรับผิดชอบตามมูลค่าแห่งสัญญา (contract price) ซึ่งได้ตกลงไว้ แต่ทั้งนี้เกิดคำถามเกี่ยวกับความชอบธรรมในการเรียกร้องผลประโยชน์ทั้งหมดที่โจทก์คาดว่าจะได้รับสัญญา (legitimate interest)¹⁷⁴ ทั้งนี้ต่อมาคดี *Ocean Marina Navigation Ltd v. Koch Carbon Inc.* [2003] EWHC 1936 (Comm) ศาลคอมมอนลอร์ยังคงวินิจฉัยในทำนองเดียวกันว่า คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดอาจเลือกที่จะไม่ดำเนินการใดก็ได้ แต่ทั้งนี้คู่สัญญาที่ไม่ได้เป็นฝ่ายผิดที่จะเลือกจะเลิกสัญญาได้ต่อเมื่อกรณีที่มีการผิดสัญญาล่วงหน้านั้นก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง (extreme case) และการเรียกค่าเสียหายเป็นการเยียวยาที่เหมาะสมมากกว่าที่จะเลือกที่จะให้มีการปฏิบัติตามสัญญาต่อไป (keep contract alive) ซึ่งไม่สมเหตุสมผล (unreasonable)¹⁷⁵

4.3.2 วิธีการบอกเลิกสัญญา (election)

เมื่อสัญญาจัดทำขึ้นอย่างสมบูรณ์ การเลิกสัญญาจากคู่สัญญาฝ่ายเดียว (terminate the contract unilaterally) แทบจะเป็นไปไม่ได้เลย เว้นแต่จะมีการตกลงไว้เป็นการเฉพาะอยู่ในสัญญา เช่น เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่เฉพาะเจาะจง (special event) หรือสัญญาอาจเลิกกันโดยทันที (automatically terminate) เมื่อมีเหตุตามที่กฎหมายทั่วไป (general law) ซึ่งมักมีลักษณะที่ผิดสัญญาอย่างร้ายแรง (serious breach) หรือเมื่อเกิดสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากในเรื่องที่สำคัญ (radical change in circumstance) หรือมีบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มุ่งคุ้มครองผู้บริโภคหรือคู่สัญญาฝ่ายเสียเปรียบในสัญญาสำเร็จรูป (standard terms) เป็นต้น แต่ก็มักไม่ได้บัญญัติหลักการหรือวิธีการบอกเลิกสัญญาไว้ นอกจากนี้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอาจทำข้อตกลงใน

¹⁷³ *Ibid.*, p. 201, see also Ewan Mckendrick, *supra* note 121, p. 820.

¹⁷⁴ Stephen A. Smith, *supra* note 119, p. 202.

¹⁷⁵ *Ibid.*, see also Ewan Mckendrick, *supra* note 121, p. 828.

ภายหลังเพื่อเลิกสัญญาได้อีกด้วย (termination of contract by agreement) และข้อตกลงดังกล่าวถือเป็นสัญญาอีกฉบับหนึ่งที่อยู่ภายใต้หลักทั่วไปว่าด้วยการก่อให้เกิดสัญญา (formation of contract)¹⁷⁶

ทั้งนี้โดยหลักทั่วไปคู่สัญญาที่ประสงค์จะใช้สิทธิยุติความสัมพันธ์ตามสัญญาต้องบอกกล่าว (notify) ให้คู่สัญญาที่เป็นฝ่ายผิดสัญญาได้ทราบ การกระทำเช่นว่านี้รู้จักกันในเรื่องการสนองรับพฤติการณ์ที่ไม่ประสงค์จะผูกพันตามสัญญา (acceptance of the repudiation) ซึ่งตามคดี *Vitol SA v. Norelf Ltd* [1996] AC 800, 810 นั้น ผู้พิพากษา *Steyn* ได้แสดงความเห็นไว้ว่า การตอบรับพฤติการณ์ที่ไม่ต้องการจะผูกพันตามสัญญาไม่มีรูปแบบที่เฉพาะเจาะจง การสนองรับเช่นว่าไม่จำเป็นต้องออกมาในรูปแบบถ้อยคำภาษา (language) แต่การสื่อสารด้วยวิธีการอื่นหรือการกระทำที่ชัดเจนหรือชัดแจ้งให้ฝ่ายผู้ผิดสัญญาเข้าใจได้ว่าต้องการให้สัญญาสิ้นสุดลงก็เพียงพอแล้วที่จะถือเป็นการบอกเลิกให้สัญญาสิ้นสุดลง (the communication or unequivocally convey to the repudiating party that the aggrieved party treating contract as at the end)¹⁷⁷ และตามหลักทั่วไปนั้นการสนองรับไม่อาจกระทำได้จากการนิ่ง (silence) แต่อาจกระทำกรอย่างหนึ่งอย่างใดของคู่สัญญาอาจถูกพิจารณาได้ว่าเป็นการสนองรับ เช่น การที่ผู้รับจ้างไม่กลับเข้ามาทำงานอีกเลยหลังจากที่ถูกผู้ว่าจ้างขับไล่ออกจากสถานที่ทำงาน เป็นต้น และด้วยเหตุที่การเลิกสัญญาทำให้ความสัมพันธ์ของคู่กรณีแห่งสัญญาสิ้นสุดลง การเลิกสัญญาจึงทำให้สัญญาสิ้นสุดไปในอนาคต (prospectively) มิใช่เกิดผลในลักษณะย้อนหลัง (retrospectively) และทำให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายหลุดพ้นจากความผูกพันและหนี้ที่อาจเกิดขึ้นตามสัญญาในอนาคต (termination operates to release both parties from their future obligation to perform their primary obligations under the contract) แต่ไม่เสียสิทธิตามสัญญาที่มีอยู่ก่อนเวลาที่เลิกสัญญา¹⁷⁸

อีกทั้งการใช้สิทธิเลิกสัญญาถือเป็นหนึ่งในรูปแบบของการพึ่งพาตัวเอง (self-help) ในลักษณะที่ไม่มีความจำเป็นที่คู่กรณีฝ่ายที่เสียหายต้องดำเนินการใดๆ ผ่านศาลหรือกระบวนการยุติธรรมเลย แม้ว่าบางครั้งอาจถูกโต้แย้งจากคู่สัญญาอีกฝ่ายซึ่งโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการเลิกสัญญาขึ้นกล่าวอ้างเพื่อให้ศาลคอมมอนลอว์เป็นผู้ชี้ขาด¹⁷⁹ และแม้จะเป็นที่เข้าใจกันว่าคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิเลิกสัญญาจะใช้สิทธินั้นหรือไม่ก็ได้ อย่างไรก็ตามในบางกรณีการผิดสัญญาอาจทำให้

¹⁷⁶ Stephen A. Smith, *supra* note 119, p. 205.

¹⁷⁷ Ewan Mckendrick, *supra* note 121, p. 816.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 817.

¹⁷⁹ Stephen A. Smith, *supra* note 119, p. 375.

สัญญาเลิกกันโดยอัตโนมัติ (sometime breach may automatically terminate a contract) ในคดี *Harbutt's "Plasticine", Ltd v. Wayne Tank & Pump Co, Ltd [1970]* แต่แนวคำวินิจฉัยดังกล่าวก็ไม่ได้เป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางอาจจะต้องด้วยเหตุว่าอาจยังมีรายละเอียดในข้อสัญญาอื่นซึ่งคู่สัญญาที่มีได้เป็นฝ่ายผิดพึงพอใจอย่างมากจึงเลือกที่จะรักษาสัญญาไว้ก็เป็นได้ และจะเป็นการไม่ยุติธรรมหากเปิดโอกาสให้ฝ่ายที่ผิดกระทำการฝ่าฝืนข้อสัญญาเพื่อให้สัญญาเลิกกันโดยอัตโนมัติ และทำให้ฝ่ายที่ไม่ผิดสัญญาต้องสูญเสียผลประโยชน์ตามข้อสัญญาดังกล่าว¹⁸⁰

สุดท้ายการใช้สิทธิเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิ (right to election) เมื่อตัดสินใจกระทำลงไปแล้วย่อมไม่อาจบอกถอนได้ (the decision cannot be revoke) เนื่องจากการเลิกสัญญาทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหลุดพ้นจากหนี้หรือหน้าที่ตามสัญญาที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ด้วยเหตุนี้เมื่อมีการหลุดพ้นจากหนี้ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายทำให้ไม่อาจให้ย้อนคืนได้ (cannot be subsequently resurrected)¹⁸¹

4.3.3 ผลของการเลิกสัญญา

ผลของการระงับสิ้นไปซึ่งความผูกพันตามสัญญาจากเหตุที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา (discharged by breach) ย่อมทำให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากการปฏิบัติชำระหนี้ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต (released from further performance of those future obligations which remain still to be performed) ด้วยเหตุนี้ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดไม่จำเป็นต้องยอมรับการชำระหนี้หรือชำระหนี้ตอบแทนใดๆ แก่อีกฝ่ายและหน้าที่ในการชำระหนี้ของฝ่ายที่ผิดสัญญาย่อมสิ้นสุดลงด้วยเช่นกัน และอาจกล่าวได้ว่าการเลิกสัญญาที่มีเหตุจากการผิดสัญญาของคู่สัญญา (rescission of the contract) แตกต่างไปจากการทำให้สัญญาเลิกกันในลักษณะย้อนหลัง (rescission *ab initio*) ซึ่งมีเหตุจากการฉ้อฉล (misrepresentation) หรือสำคัญผิด (mistake)¹⁸² และเมื่อสัญญาเลิกกันด้วยเหตุ

¹⁸⁰ Guenter H. Treitel, "Remedies for Breach of Contract," International Encyclopedia of comparative law, vol. VII, pt. 2, ch. 16, ed. Aurther T. Von Mehren (Tübingen: Mohr Siebeck, 2008) s. 16-177, see also *Harbutt's "Plasticine", Ltd v. Wayne Tank & Pump Co, Ltd [1970] 1 QB 447 (CA)*.

¹⁸¹ Ewan Mckendrick, *supra note 159*, p. 335.

¹⁸² Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra note 165*, p. 524.

ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาย่อมมีผลทำให้หน้าที่ในการปฏิบัติชำระตามสัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีผลย้อนหลัง (ex nunc)¹⁸³

อย่างไรก็ตามหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมก็มีความจำเป็นในการปกป้องประโยชน์และคุ้มครองความเสียหายของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย และการกลับคืนสู่ฐานะเดิมจะไม่เข้ามามีบทบาทจนกว่าสัญญาจะยุติลง (set aside) ซึ่งเป็นผลจากการที่คู่สัญญาที่ฟ้องคดีสนองรับต่อการแสดงออกว่าไม่ประสงค์จะผูกพันตามสัญญาของฝ่ายที่ถูกฟ้อง (result of claimant's acceptance of the defendant's repudiatory breach) ทำให้ฝ่ายผู้ฟ้องคดีอาจเรียกคืนผลประโยชน์ที่อีกฝ่ายได้รับจากการที่ตนได้ชำระหนี้ไปก่อนการเลิกสัญญา (claim to recover the value of any benefit conferred upon the defendant in the course of performance prior the termination of the contract) แต่การขอให้กลับคืนสู่ฐานะเดิสดังกล่าวใช้บังคับอย่างจำกัดเฉพาะแต่ในกรณีที่ฝ่ายผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับประโยชน์ใดๆ จากการเข้าทำสัญญา กล่าวอีกนัยหนึ่งคือคู่สัญญาที่เรียกร้องให้มีการชดเชยค่าเสียหายเพื่อการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (restitutionary claim) ต้องกล่าวอ้างว่าสินจ้างซึ่งเป็นเหตุที่ทำให้มีการชำระเงินนั้นได้ระงับสิ้นไปทั้งหมด (the consideration for payment has wholly failed)¹⁸⁴ และด้วยเหตุนี้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้ชำระเงินไปแต่ไม่ได้รับประโยชน์ตอบแทนใดๆ อาจเรียกเงินคืนจากอีกฝ่ายได้ตามหลักว่าด้วยลาภมิควรได้ (unjust enrichment)¹⁸⁵ อย่างไรก็ตามในบางครั้งศาลคอมมอนลอว์อาจยอมให้เรียกเงินคืนได้ในกรณีที่มีเหตุแห่งการชำระหนี้ระงับสิ้นไปแต่บางส่วน (partial failure of consideration) อีกด้วย¹⁸⁶ และถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้ผิดสัญญาได้มีการชำระหนี้แก่ให้อีกฝ่ายไปแล้ว เช่น ส่งสินค้าหรือทำการงานให้แก่อีกฝ่าย เป็นต้น แต่ยังไม่ถึงกำหนดเวลาชำระเงินในเวลาที่ยุติสัญญาได้ระงับสิ้นลง (payment not yet due at the time of discharge) คู่สัญญาฝ่ายที่

¹⁸³ *Bank of Boston Connecticut v European Grain & Shipping "The Dominique"* [1989] 1 AC 1056, Cited in Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 2, p. 432.

¹⁸⁴ *Gile v. Edwards* (1797) 7 Term Rep 181, Cited in Ewan Mckendrick, *supra* note 121, p. 874, see also *Baldry v Marshall* [1925] 1 QB 260, Cited in Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 2, p. 419

¹⁸⁵ Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra* note 165, p. 525.

¹⁸⁶ *Goss v. Chilcott* [1996] AC 788, 798, Cited in Ewan Mckendrick, *supra* note 121, p. 874.

มิได้ผิดอาจฟ้องโดยอ้างเหตุแห่งลามิควรได้เพื่อขอให้ตนได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม (unjust enrichment for restitution) ด้วยการเรียกขอชดใช้คืนในรูปแบบของราคาค่าสินค้าที่เหมาะสม (reasonable price of good supplied) ที่เรียกว่า ‘*quantum meruit claim*’ หรือเรียกค่าตอบแทนที่เหมาะสมแก่การงานที่ตนได้กระทำลง (reasonable remuneration for the service rendered) ที่เรียกว่า ‘*quantum valebet claim*’ อีกทั้งอาจรวมไปกับการเรียกร้องค่าเสียหายได้อีกด้วย (include them in his claim for damages for breach) และในทางกลับกันคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาอาจเรียกร้องให้ชดเชยการชำระหนี้ที่ตนได้กระทำจนสำเร็จไปแล้ว แต่ทั้งนี้ในบางกรณีก็อาจเรียกร้องไม่ได้เลย (no claim is possible)¹⁸⁷

ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษมิได้แบ่งแยกระหว่างการเลิกสัญญาที่มีลักษณะก่อนนี้ให้ปฏิบัติชำระคราวเดียว (instantaneous) กับสัญญาที่มีลักษณะก่อนนี้ให้ปฏิบัติชำระอย่างต่อเนื่อง (successive contract) เหมือนเช่นที่ระบบกฎหมายเยอรมันที่ได้พิจารณาไปแล้ว แต่ทั้งนี้ผลการเลิกสัญญาที่มีลักษณะก่อนนี้อย่างต่อเนื่องนั้นมีลักษณะคล้ายคลึงกับระบบกฎหมายเยอรมัน เช่น ตามสัญญาเช่าซื้อ (instalment contract) ถ้ามีการไม่ชำระค่าเช่าซื้องวดใดงวดหนึ่งยอมทำให้อีกฝ่ายมีสิทธิเลิกสัญญาโดยไม่มีผลกระทบกระเทือนต่องวดค่าเช่าซื้อที่ได้ชำระไปแล้ว (the right to terminate would only operate in such cases with respect to the defective instalment and to future instalment, not with respect to earlier conforming instalments accepted and paid for under the contract) กล่าวอีกนัยหนึ่งคือการเลิกสัญญาเช่าซื้อยอมมีผลทำให้สัญญาสิ้นสุดไปในอนาคตและไม่ย้อนหลัง¹⁸⁸ และด้วยเหตุนี้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายยังคงต้องมีความรับผิดชอบในหนี้ที่มีอยู่ก่อนการเลิกสัญญา เช่น งานก่อสร้างที่มีการแบ่งชำระค่าจ้างเป็นงวด ผู้รับจ้างมีสิทธิเรียกร้องค่าจ้างที่ค้างชำระอยู่จนถึงเวลาที่สัญญาเลิกกัน (can sue for any installment due but unpaid at the time of discharge) รวมทั้งในกรณีลูกจ้างแสดงออกว่าไม่ประสงค์ที่จะผูกพันตามสัญญาจ้าง (repudiates a contract of employment) ย่อมสามารถเรียกเงินค่าจ้างที่ตนพึงได้รับก่อนการเลิกสัญญา¹⁸⁹

และเมื่อหนี้ตามสัญญาได้ระงับสิ้นไปย่อมมีผลทำให้หนี้หรือหน้าที่หลักตามสัญญา (primary obligation) ของคู่สัญญาสิ้นสุดลงไปตามหลักทั่วไป (as a general rule) แต่ในกรณีที่มิ

¹⁸⁷ Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra* note 165, p. 524-526, see also Ewan Mckendrick, *supra* note 121, p. 874,

¹⁸⁸ Guenter H. Treitel, *supra* note 180, s. 16-181.

¹⁸⁹ *Ibid.*, s. 16-177.

การผิดสัญญานั้นหนี้หรือหน้าที่หลักตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาได้ถูกเปลี่ยนเป็นหนี้ลำดับรองในการที่ต้องชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาของตนให้แก่คู่สัญญาที่มีได้เป็นฝ่ายผิด (secondary obligation to pay compensation to the injury party for the breach) อีกด้วย¹⁹⁰

4.3.4 การเลิกสัญญาโดยปริยาย

การเลิกสัญญาโดยปริยายอาจเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายเดียวและเจตนาของคู่กรณีแห่งสัญญาทั้งสองฝ่าย และเนื่องจากการเลิกสัญญาที่กระทำโดยปริยายที่ไม่ปรากฏชัดว่าคู่สัญญามีเจตนาจะเลิกสัญญาหรือไม่อย่างไร แต่เมื่อพิจารณาด้วยเหตุผลโดยชอบจากการพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นของคู่สัญญาย่อมเป็นที่เข้าใจได้ว่าคู่กรณีแห่งสัญญาประสงค์ที่จะให้เกิดความระงับอย่างเด็ดขาดซึ่งสัญญาฉบับเดิม

4.3.4.1 การใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยาย

การเลิกสัญญาจากคู่สัญญาฝ่ายเดียวจะกระทำมิได้เว้นแต่จะมีการตกลงไว้ในข้อสัญญาหรือมีเหตุตามที่กฎหมายทั่วไปหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษร¹⁹¹ และการใช้สิทธิเลิกสัญญาของคู่สัญญา (right to election) ที่เกิดขึ้นจากการที่อีกฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาโดยทั่วไปย่อมถือเป็นอำนาจตัดสินใจโดยอิสระของฝ่ายที่ไม่ผิดสัญญาที่จะใช้สิทธิเลิกสัญญาหรือไม่ก็ได้ (option)¹⁹²

ตามหลักทั่วไปคู่สัญญาที่จะใช้เลิกสัญญาต้องบอกกล่าวให้คู่สัญญาที่เป็นฝ่ายผิดสัญญาได้ทราบถึงการเลิกสัญญานั้น โดยการกระทำเช่นว่านี้รู้จักกันในเรื่องการตอบรับตามพฤติการณ์ที่ไม่ประสงค์จะผูกพันตามสัญญา (acceptance of the repudiation) ซึ่งการตอบรับความประสงค์ที่จะเลิกสัญญาของฝ่ายที่ผิดสัญญานั้นไม่มีรูปแบบที่เฉพาะเจาะจง แต่อาจสื่อสารด้วยวิธีการอื่นหรือการกระทำที่ฝ่ายผู้ผิดสัญญาเข้าใจได้อย่างชัดเจนว่าต้องการให้สัญญาลิ้นสุดลงก็เพียงพอที่จะให้สัญญาลิ้นสุดลง¹⁹³ และด้วยเหตุที่การนิ่ง (silence) ไม่ถือเป็นการกระทำใดๆ ตามหลักทั่วไปและไม่ถือว่าเป็นการตอบรับให้มีการเลิกสัญญา แต่อาจกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดของคู่สัญญาอาจถูกพิจารณาได้ว่าเป็นคำสนองรับให้เลิกสัญญา เช่น การที่ผู้รับจ้างไม่กลับเข้ามาทำงานอีกเลยหลังจากที่ถูกผู้ว่าจ้างขับไล่ออกจากสถานที่ทำงาน เป็นต้น แต่เพื่อหลีกเลี่ยงความไม่แน่นอน

¹⁹⁰ Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra* note 165, p. 525.

¹⁹¹ Stephen A. Smith, *supra* note 119, p. 205.

¹⁹² Ewan Mckendrick, *supra* note 159, p. 334.

¹⁹³ Ewan Mckendrick, *supra* note 121, p. 816, see also *Vitol SA v. Norelf Ltd* [1996] AC 800, 810.

ดังกล่าวจึงทำให้คู่สัญญาที่จะเลิกสัญญามักได้รับคำแนะนำให้แสดงเจตนาตอบรับให้เลิกสัญญาด้วยความชัดเจนและแน่นอน (explicit)¹⁹⁴

และการใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาถือเป็นหนึ่งในรูปแบบของการพึ่งพาตัวเอง (self-help) ที่ไม่จำเป็นต้องดำเนินการต่อศาลก็มีผลเป็นการเลิกสัญญาตามกฎหมายได้¹⁹⁵ แต่ทั้งนี้การเลือกที่จะใช้สิทธิเลิกสัญญาเมื่อตัดสินใจกระทำลงไปแล้วย่อมไม่อาจบอกถอนได้ (the decision cannot be revoke) เนื่องจากการเลิกสัญญาทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหลุดพ้นจากหนี้หรือหน้าที่ตามสัญญาไปในอนาคต ด้วยเหตุนี้เมื่อมีการหลุดพ้นจากหนี้ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายทำให้ไม่อาจให้ย้อนคืนได้ (cannot be subsequently resurrected)¹⁹⁶

4.3.4.2 ข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยาย

ดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้นว่าคู่สัญญาอาจทำข้อตกลงในภายหลังเพื่อเลิกสัญญาได้อีกด้วย (termination of contract by agreement) และถือเป็นสัญญาอีกฉบับหนึ่งที่อยู่ภายใต้หลักทั่วไปว่าด้วยการก่อให้เกิดสัญญา (formation of contract)¹⁹⁷ อีกทั้งกระบวนการเกิดสัญญาโดยทั่วไปย่อมเกิดขึ้นจากการแลกเปลี่ยนคำเสนอและคำสนองอีกด้วย และแม้ว่าบางครั้งการจัดทำสัญญาขึ้นอาจไม่ได้เริ่มต้นจากคำเสนอและคำสนองเสมอไป ซึ่งคดี *Gibson v. Manchester City Council* [1978] 1 WLR 520, 523 นั้น Lord Denning ได้กล่าวในคำวินิจฉัยมีใจความว่า ‘...there no need to look for a strict offer and acceptance. You should look at the correspondent as a whole and at the conduct of the parties and see therefrom whether the parties have come to an agreement on everything that was material...’ กล่าวคือให้พิจารณาจากพฤติการณ์ของคู่กรณีแห่งสัญญาเป็นสำคัญมากกว่าไปการพิจารณากระบวนการจัดทำคำเสนอและสนองอย่างเคร่งครัด แต่ทั้งนี้ข้อความคิดดังกล่าวทำให้เกิดปัญหาในการวินิจฉัยว่าเวลาที่สัญญาได้ถูกจัดทำขึ้นอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตามบ่อยครั้งที่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาก็มักไม่เป็นไปตามหลักการทำคำเสนอและสนองได้อย่างแนบเนียน ด้วยเหตุนี้ควรพิจารณาคำเสนอและคำสนองในฐานะหลักประการหนึ่งในกระบวนการจัดทำสัญญามากกว่าที่จะเป็น

¹⁹⁴ Ewan Mckendrick, *supra* note 121, p. 817.

¹⁹⁵ Stephen A. Smith, *supra* note 119, p. 375.

¹⁹⁶ Ewan Mckendrick, *supra* note 159, p. 335.

¹⁹⁷ Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra* note 165, pp. 459, 462.

หนทางเดียวที่ทำให้สัญญาจะเกิดขึ้น¹⁹⁸ ทั้งนี้ในกรณีที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างทำคำเสนอต่อกัน (cross-offers) แม้จะมีเนื้อหาอย่างเดียวกันก็ไม่อาจก่อให้เกิดเป็นสัญญาขึ้นเลย¹⁹⁹ ข้อพิจารณาว่าบุคคลได้แสดงเจตนาทำคำเสนอหรือไม่นั้น อยู่ที่ว่าบุคคลนั้นมีเจตนาที่จะผูกพันตามเนื้อหาหรือข้อตกลงที่ได้แสดงต่ออีกฝ่ายหรือไม่ ถ้าใช่ ย่อมเข้าใจได้ว่าบุคคลนั้นได้ทำคำเสนอ และเจตนาเช่นว่าต้องถูกแสดงออกให้ปรากฏแก่ภายนอกด้วย (intention appears to other) กล่าวอีกนัยหนึ่งคือต้องมีการแสดงเจตนาออกมาอย่างเป็นรูปธรรม (the objective intention of the parties)²⁰⁰ ทั้งนี้ตามหลักทั่วไปคำเสนอจะมีผลต่อเมื่อได้สื่อสารไปยังผู้รับคำเสนอ และถ้าผู้ทำคำเสนอกระทำการงานให้แก่ผู้รับคำเสนอแต่ถ้าผู้รับคำเสนอมิได้ร้องขอหรือรู้เห็นด้วยจะถือเป็นคำเสนอและก่อให้เกิดความผูกพันตามสัญญามีได้ ดังที่ผู้พิพากษา Pollock CB. กล่าวไว้ในคดี *Taylor v. Laird (1856)* ใจความตอนหนึ่งว่า ‘...ถ้ามีบุคคลหนึ่งซึ่งทำความสะอาดรองเท้าของผู้อื่นเพื่อหวังค่าตอบแทน เจ้าของรองเท้าจะทำอะไรได้นอกจากใช้สวมใส่ไปตามปกติ และการกระทำเช่นนั้นของเจ้าของรองเท้าจะถือว่าเป็นหลักฐานในการเกิดขึ้นของสัญญาและต้องจ่ายค่าตอบแทนอย่างนั้นหรือ?’²⁰¹

และในส่วนของการรับคำเสนอ (acceptance) ย่อมถือเป็นการแสดงเจตนาซึ่งไม่ว่าด้วยวาจาหรือการกระทำก็ตามเพื่อตอบรับตามเนื้อหาที่คำเสนอได้แสดงไว้ อีกทั้งการสนองรับคำเสนอต้องมีลักษณะเด็ดขาด (absolute) และเจตนาทำคำสนองต้องถูกแสดงออกโดยปราศจากความลังเลสงสัยในความหมายของการแสดงเจตนาทำคำสนองนั้น (the intention of the offeree to accept must be expressed without room for doubt as to fact of acceptance, or to the coincidence of the term of acceptance with those of offer) และต้องถูกต้องตรงกับเนื้อหาแห่งคำเสนอ (correspond with the terms of the offer) เปรียบเสมือนดังกระจกเงา (mirror image rule) ซึ่งถือเป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะทำให้เกิดเป็นสัญญาขึ้นได้²⁰² กล่าวอีกนัยหนึ่งคือแม้คำสนองจะแสดงออกได้ด้วยการกระทำแต่ก็ต้องมีลักษณะที่ชัดเจนอย่างเป็นรูปธรรมให้เข้าใจได้ว่าเป็น

¹⁹⁸ Ewan Mckendrick, *supra* note 121, pp. 48-51.

¹⁹⁹ *Tinn v. Hoffmann & Co (1873)* 29 LT 271, Cited in *ibid.*, p. 50, see also Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra* note 165, p. 39.

²⁰⁰ Ewan Mckendrick, *supra* note 121, p. 56.

²⁰¹ *Taylor v. Laird (1856)* 25 LJ Ex 329, Cited in Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra* note 165, p. 39.

²⁰² Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra* note 165, p. 40.

การสนองรับต่อคำเสนอ (conduct will only amount to an acceptance if it is clear that the offeree did the act in question with the intention, objectively assessed, of accepting the offer)²⁰³ และนอกจากนี้ตามหลักทั่วไปนั้นคำสนองต้องถูกสื่อสารกลับไปยังผู้ทำคำเสนออีกด้วย โดยผู้พิพากษา Lindley LJ กล่าวไว้ในคดี *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co [1893]* มีใจความว่า ‘...when an offer is made, it is necessary in order to make a binding contract, not only that it should be accepted, but that acceptance should be notified’ กล่าวคือต้องมีการบอกกล่าวคำสนอง (notify) ให้ผู้ทำคำเสนอได้ทราบด้วย²⁰⁴ และด้วยเหตุนี้ถ้ามีการสื่อสารคำเสนอผ่านทางโทรศัพท์เกิดความขัดข้องในการสื่อสารทำให้ผู้ทำคำเสนอไม่ได้ยินหรือไม่ได้รับทราบคำสนอนั้นสัญญาย่อมไม่เกิดขึ้นเลย ทั้งนี้ Lord Denning ได้กล่าวไว้ในคดี *Entore Ltd v. Miles Far East Corporation [1955]* ว่าการสื่อสารเจตนาที่คู่กรณีสามารถสื่อสารกันได้ทันทีทันใดนั้น (instantaneous communication) ถือเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปในเรื่องการทำคำเสนอโดยทางไปรษณีย์ (postal rule)²⁰⁵

ทั้งนี้ข้อยกเว้นของการสื่อสารคำสนองไปสู่ผู้ทำคำเสนอย่อมได้แก่ กรณีที่ผู้ทำคำเสนอแสดงเจตนายกเว้นไว้ว่าไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวแก่ผู้ทำคำเสนอ (the party making the offer can waive the requirement of communication) ซึ่งคำโฆษณาขายลูกบอลควันรักษาโรค (smoke ball) ของจำเลยในคดี *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co [1893]* มีลักษณะเป็นทั้งคำเสนอและสัญญาฝ่ายเดียว (unilateral contract) ย่อมผูกพันจำเลยตามข้อความที่ระบุว่าถ้าลูกคำซื้อใช้แล้วไม่หายป่วยให้ติดต่อบริษัทรับเงิน 100 ปอนด์จากจำเลยได้เลย²⁰⁶ และการนิ่งตามหลักทั่วไปย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นการทำคำสนอง (silence does not amount to an acceptance) อีกทั้งระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ยังไม่ยอมรับการที่ผู้ทำคำเสนอกำหนดให้ผู้รับคำเสนอต้องกระทำการบางอย่าง (positive conduct) เพื่อปฏิเสธไม่รับคำเสนออีกด้วย ด้วยเหตุที่ว่าผู้รับคำเสนอไม่มีภาระหน้าที่ตาม

²⁰³ *Day Morris Associates v Voyce [2003] EWCA Civ 189; [2003] All ER (D) 368 (Feb)*, Cited in Ewan Mckendrick, *supra* note 159, p. 34.

²⁰⁴ *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co [1893] 1 QB 256, 262*, Cited in Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra* note 165, p. 44.

²⁰⁵ *Entore Ltd v. Miles Far East Corporation [1955] 2 QB 327, 332*, Cited in Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright *supra* note 165, p. 44.

²⁰⁶ *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co [1893] 1 QB 256*, Cited in Ewan Mckendrick, *supra* note 121, pp. 65, 101.

กฎหมายที่ต้องกระทำเช่นนั้น อีกทั้งโดยทั่วไปแล้วการนิ่งย้อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำ (silence does not generally positive conduct) ยิ่งกว่านั้นการนิ่งย้อมถือเสมือนได้ว่าเป็นการแสดงออกซึ่งการไม่ยอมรับหรือปฏิเสธคำเสนอ (a rejection of the offer)²⁰⁷ ส่วนการทำคำสนองรับโดยทางไปรษณีย่อมมีผลต่อเมื่อผู้ทำคำสนองได้ส่งจดหมายที่มีเนื้อหาเป็นคำสนองรับเข้าสู่ระบบไปรษณีย์ (the acceptance is completed when the letter is posted) ตามหลัก postal rule ที่เป็นบรรทัดฐานในคดี *Adam v. Lindsell (1080)*²⁰⁸ ทั้งนี้หลัก postal rule จะนำมาปรับใช้ต่อเมื่อคู่กรณีตกลงที่จะใช้การส่งไปรษณีย์เป็นช่องทางการสื่อสารคำเสนอและสนองเท่านั้น อีกทั้งคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอาจตกลงกันโดยชัดแจ้งหรือปริยายว่าจะไม่นำหลัก postal rule เข้ามาใช้ได้อีกด้วย²⁰⁹ และเมื่อมีการทำคำสนองรับแล้วสัญญาย่อมเกิดเมื่อผู้ทำคำเสนอได้รับคำสนองตามหลักทั่วไปหรือเมื่อผู้ทำคำสนองได้ส่งคำสนองเข้าสู่ระบบไปรษณีย์ตามหลัก postal rule แล้วแต่กรณี²¹⁰

และข้อตกลงที่ทำให้เกิดการระงับสิ้นไปซึ่งความผูกพันตามสัญญาฉบับเดิมต้องปรากฏว่าคู่กรณีได้มีการให้สินจ้าง (consideration) เพื่อตอบแทนซึ่งกันและกันอีกด้วยด้วยเหตุที่ว่าหลักการดังกล่าวเป็นพื้นฐานของหลักการเกิดสัญญาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์²¹¹ สำหรับในสัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญายังมิได้ชำระหนี้ตอบแทนกันนั้น การพิจารณาสินจ้างนั้นทำได้สะดวกกว่าเนื่องจากคู่กรณีทั้งสองต่างตกลงที่จะไม่ใช้สิทธิบังคับชำระหนี้ต่อกัน (giving up their right to compel each other to perform) และเมื่อนั้นถือว่าได้มีการแลกเปลี่ยนสินจ้างให้แก่กัน แต่ในกรณีที่สัญญาได้มีการชำระหนี้จากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไปแล้วนั้น (the contract is wholly executed on one side) ซึ่งโดยทั่วไปข้อตกลงเลิกสัญญาจะเกิดขึ้นมิได้เว้นแต่จะแลกเปลี่ยนสินจ้างหรือประโยชน์ตอบแทนกันใหม่ (fresh consideration) เพื่อตอบแทนการที่ฝ่ายที่ยังมิได้หนี้ตามสัญญาไม่ต้องชำระหนี้นั้น เว้นแต่ในกรณีได้จัดทำข้อตกลงเลิกสัญญาขึ้นตามแบบที่กฎหมายกำหนด (form in deed) หรือในกรณีมีการกระทำซึ่งแสดงออก (representation) ของคู่สัญญาฝ่ายได้ชำระหนี้ตามสัญญาไปแล้วทั้งหมดที่ทำให้เห็นได้ว่าฝ่ายนั้นจะไม่บังคับชำระหนี้ที่อีกฝ่ายยังคงค้างชำระหนี้ตามสัญญาซึ่งเข้า

²⁰⁷ Ewan Mckendrick, *Ibid.*, p. 106.

²⁰⁸ *Adam v. Lindsell (1080)* 1 B & Ald 681, Cited in Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra note 165*, p. 46.

²⁰⁹ Ewan Mckendrick, *supra note 121*, p. 112.

²¹⁰ Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra note 165*, p. 47.

²¹¹ *Ibid.*, pp. 111, 462.

ลักษณะ ‘promissory estoppel’ อันมีลักษณะเป็นข้อตกลงละเว้นไม่ใช้สิทธิบังคับชำระหนี้ตามหลักกฎหมายปิดปาก (waiver by estoppel)²¹² และเป็นข้อยกเว้นของหลักสินจ้าง (doctrine of consideration)²¹³

ทั้งนี้ผลของการเลิกสัญญาจะก่อให้เกิดผลในลักษณะย้อนหลัง (ab initio) หรือแค่ทำให้เกิดการหลุดพ้นจากสิทธิหน้าที่ตามสัญญาในอนาคตเท่านั้น (discharged the parties from their outstanding obligation) ย่อมขึ้นอยู่กับเนื้อหาของข้อตกลงที่คู่สัญญาได้ตกลงจัดทำขึ้น (depend on the parties’ agreement)²¹⁴

อย่างไรก็ตามศาลคอมมอนลอว์อังกฤษก็เคยมีความเห็น (infer) ว่ากรณีที่คู่สัญญาชำระหนี้ล่าช้าอย่างมาก (a long period of delay) หรือการไม่ดำเนินการใดๆ (inactivity) เป็นเวลานานจะถือได้ว่าเป็นคู่สัญญาตกลงที่จะละทิ้งสัญญา (the parties have agreed to abandon their contract) จะต้องเป็นกรณีที่แสดงให้เห็นได้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีการกระทำที่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายเชื่อถือได้อย่างชอบด้วยเห็นผลว่าฝ่ายนั้นตกลงที่จะละทิ้งสัญญา (one party conducted itself in such a way that the other party reasonably assumed that it was agreed that the contract was abandoned)²¹⁵ ยิ่งกว่านั้นศาลคอมมอนลอว์ได้มีความเห็นต่อไปว่าการนิ่งเฉยของคู่สัญญาถือเป็นคำเสนอขอละทิ้งสัญญา (offer to abandon a contract from mere silence) ทั้งที่ในความจริงแล้วการกระทำบางอย่างที่แสดงออกมา (some overt act) ก็ดูจะเป็นเงื่อนไขสำคัญที่ต้องมีอยู่เสมอ (almost always likely to be required)²¹⁶

²¹² *Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd* [1947] KB 130; *Collier v P & MJ Wright (Holdings) Ltd* [2007] EWCA Civ 1329, Cited in Ewan Mckendrick, *supra* note 159, pp. 92-96, 335-336.

²¹³ Ewan Mckendrick, *supra* note 159, pp. 333, 92-96.

²¹⁴ Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra* note 165, p. 462.

²¹⁵ *Paal Wilson & Co A/S v. Partenreederei Hannah Blumenthal, The Hannah Blumenthal* [1983] 1 AC 854, 865, 885, 914, 916, 924, cited in *ibid.*, p. 462.

²¹⁶ *Collin v Duke of Westminster* [1985] 1 QB 581, cited in *ibid.*, pp. 111, 462.

4.4 สรุป

การศึกษาหลักกฎหมายในเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยายในระบบกฎหมายเยอรมันทำให้เห็นได้ว่าข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายอาจจัดเข้าอยู่ในประเภทสัญญาต่างตอบแทนที่ไม่ตั้งอยู่บนฐานของเอกเทศสัญญาใดๆ (atypical) และถือเป็นสัญญาประเภทใหม่ ด้วยเหตุนี้เข้าใจว่าศาลเยอรมันน่าจะพยายามทำความเข้าใจข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายดังกล่าวด้วยการนำหลักกฎหมายทั่วไปที่อยู่ในประมวลกฎหมายเยอรมันเข้าปรับใช้ในลักษณะเทียบเคียง (analogy) แก่ผลของข้อตกลงเลิกสัญญาดังกล่าว ทั้งนี้ระบบกฎหมายเยอรมันมีการแบ่งแยกอย่างชัดเจนระหว่างผลของการเลิกสัญญาทั่วไปและผลของการเลิกสัญญาที่ก่อขึ้นอย่างต่อเนื่องอีกด้วย และด้วยเหตุที่ผลของการเลิกสัญญาโดยปริยายมักได้มีการตกลงกันไว้อย่างชัดเจนทำให้คาดว่าศาลเยอรมันน่าจะนำผลของการใช้สิทธิเลิกสัญญาทั่วไปและผลของการใช้สิทธิเลิกสัญญาที่ก่อขึ้นอย่างต่อเนื่องแล้วแต่กรณี เข้าปรับใช้โดยอนุโลมในลักษณะเทียบเคียงแก่ผลของการเลิกสัญญาโดยปริยายอีกด้วย และตามระบบกฎหมายเยอรมันนั้น การทำคำเสนอขอเลิกสัญญาถือเป็นคำขอทำสัญญาในทางทรัพย์สินซึ่งต้องมีความเคร่งครัดในการจัดทำที่ชัดเจนและแน่นอนมากกว่าคำขอทำสัญญาทั่วไปและอาจกล่าวได้ว่าคำเสนอขอเลิกสัญญาต้องทำโดยชัดแจ้งเท่านั้นจะทำโดยปริยายมิได้ ส่วนคำสนองรับให้เกิดเป็นการเลิกสัญญาอาจกระทำได้ทั้งโดยชัดแจ้งและปริยาย ทั้งนี้การทำคำสนองโดยปริยายในความหมายที่ว่าไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวคำสนองกลับไปยังผู้ทำคำเสนอในทำนองเดียวกับระบบกฎหมายไทยเนื่องจากผู้ทำคำเสนอแสดงเจตนายกเลิกเอาไว้อย่างชัดแจ้งหรือมีปกติประเพณีว่าไม่ต้องทำคำสนอง และถือข้อยกเว้นหลักทั่วไปที่คำสนองต้องมีการบอกกล่าวกลับไปยังผู้ทำคำเสนอในกรณีคำสนองได้แสดงเจตนาต่อบุคคลที่ไม่อยู่ต่อหน้าเท่านั้น อย่างไรก็ตามในกรณีที่คำเสนอขอเลิกสัญญาและคำสนองไม่ถูกต้องตรงกันในข้อสาระสำคัญ (dissent) โดยทั่วไปเข้าใจว่าการเลิกสัญญาโดยปริยายไม่น่าจะเกิดขึ้นได้ตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย และแม้ว่าสัญญาฉบับหนึ่งจะไม่เกิดขึ้นตามข้อสันนิษฐานกฎหมายแต่ถ้าคู่กรณีทั้งสองเข้าใจว่าสัญญาได้เกิดขึ้นแล้วและมีการปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาต่อกัน ศาลเยอรมันก็มีแนวโน้มที่จะนำการชำระหนี้ที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีเป็นข้อสันนิษฐานว่าคู่สัญญามีเจตนาที่แท้จริงในการเข้าทำสัญญา (presumed intention) และบังคับไปตามสัญญานั้นอีกด้วย ด้วยเหตุนี้ถ้าคู่กรณีแห่งสัญญามีเจตนาที่แท้จริงร่วมกันในที่ประสงค์ที่จะระงับสัญญาไปอย่างเด็ดขาด แม้จะมีได้ตกลงกันให้ชัดเจนในเรื่องผลในทางกฎหมายของการเลิกสัญญาไม่ว่าจะให้สัญญาสิ้นสุดไปในอนาคตหรือให้สัญญาระงับสิ้นไปในลักษณะย้อนหลังและเกิดการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณีก็ตาม และมีการชำระหนี้เพื่อทำให้อีกฝ่ายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมหรือคืนทรัพย์สินประโยชน์ตอบแทนที่ได้รับจากสัญญาย่อม

น่าเชื่อว่าข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายน่าจะเกิดขึ้นได้บนฐานแห่งเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้

การศึกษาระบบกฎหมายอังกฤษในเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยายทำให้เห็นได้ว่าข้อตกลงเลิกสัญญา (termination agreement) ถือเป็นช่องทางหนึ่งที่ทำให้สัญญาเลิกกันได้ด้วยเจตนาของคู่สัญญาสองฝ่าย ทั้งนี้กระบวนการเกิดขึ้นของข้อตกลงเลิกสัญญาโดยทั่วไปย่อมพิจารณาจากหลักการทำคำเสนอและคำสนองที่ถูกต้องตรงกันและคู่สัญญาแห่งข้อตกลงเลิกสัญญาต้องมีการแลกเปลี่ยนสินจ้าง (consideration) ต่อกันอีกด้วย อย่างไรก็ตามการเลิกสัญญาโดยปริยายในระบบกฎหมายอังกฤษก็อาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำของคู่สัญญาที่เข้าลักษณะของการละทิ้งสัญญา (abandon of contract) ซึ่งหลักการดังกล่าวปรากฏอยู่ในความเห็นของผู้พิพากษาศาลคอมมอนลอว์ในคดี *Paal Wilson & Co A/S v. Partenreederei Hannah Blumenthal, The Hannah Blumenthal* [1983] โดยการละทิ้งสัญญาอาจเกิดขึ้นได้จากการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งกระทำการบางอย่างที่ทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเชื่อถือได้โดยชอบด้วยเหตุผลว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นมีเจตนาที่จะละทิ้งสัญญา และคู่สัญญาฝ่ายที่กล่าวอ้างการละทิ้งสัญญาย่อมมีภาระพิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำของอีกฝ่ายที่ถือว่าละทิ้งสัญญาด้วย อีกทั้งการละทิ้งสัญญาเข้าใจว่าเป็นการกระทำที่เข้าลักษณะกฎหมายปิดปาก (promissory estoppel) ซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่คู่กรณีอาจเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางสัญญาได้ในภายหลังโดยไม่จำเป็นต้องมีการแลกเปลี่ยนสินจ้าง (consideration) ต่อกันอีก นอกจากนี้คำสนองในระบบกฎหมายอังกฤษอาจกระทำได้โดยปริยายในความหมายที่ว่าไม่จำเป็นต้องมีการบอกกล่าวคำสนองกลับไปยังผู้ทำคำเสนอในกรณีที่ผู้ทำคำสนองได้ทำคำสนองโดยผ่านทางไปรษณีย์ตามหลัก ‘postal rule’ อันเป็นเอกลักษณ์ของระบบคอมมอนลอว์ ด้วยเหตุนี้การส่งคำสนองเข้าสู่ระบบไปรษณีย์ย่อมมีผลทำให้เกิดเป็นสัญญาขึ้นทันทีแม้ว่าผู้ทำคำเสนอจะยังไม่ทราบถึงการทำคำสนองนั้นก็ตาม

บทที่ 5

บทวิเคราะห์และเปรียบเทียบปัญหาของการเลิกสัญญาโดยปริยาย ในระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายต่างประเทศ

5.1 ความนำ

การเลิกสัญญาโดยปริยายในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เข้าใจว่าอาจแบ่งแยกได้เป็นกรณีการเลิกสัญญาด้วยเหตุสำคัญสองประการซึ่งได้แก่ ประการที่หนึ่งเป็นการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยายจากคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิฝ่ายเดียว ประการที่สองเป็นการทำข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายที่เกิดจากความสมัครใจของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายซึ่งอาจเริ่มต้นจากกรณีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งคำเสนอขอเลิกสัญญาที่ชัดเจนและอีกฝ่ายคำสนองโดยปริยาย และกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองเลิกสัญญาโดยพฤติการณ์

ทั้งนี้ในบทวิเคราะห์จะได้ทำการนำหลักกฎหมายต่างประเทศทั้งในระบบกฎหมายเยอรมันและอังกฤษที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยายเข้าวิเคราะห์และเปรียบเทียบให้เห็นข้อดีและข้อเสียความสัมพันธ์ของระบบกฎหมายสัญญาทั้งสามระบบในเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยาย อีกทั้งจะได้นำกฎหมายต่างประเทศที่ได้ศึกษาข้างต้นเข้าทดลองแก้ไขปัญหาที่เคยเกิดขึ้นจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยายในระบบกฎหมายไทยอีกด้วย

5.2 ปัญหาเรื่องการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยาย

5.2.1 ลักษณะทางกฎหมายของการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยาย

การใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยายตามระบบกฎหมายไทยเข้าใจว่าเกิดขึ้นจากเหตุตามข้อสัญญาและบทบัญญัติกฎหมายตามมาตรา 386 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาโดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว ส่วนการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยายในระบบกฎหมายเยอรมันที่เรียกว่า ‘Rücktritt’ ในเบื้องต้นย่อมเกิดขึ้นจากคู่สัญญามีสิทธิตามข้อสัญญาและบทบัญญัติกฎหมายเช่นเดียวกันกับกฎหมายไทยตามที่กำหนดในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 323 วรรคหนึ่ง¹ แต่ทั้งนี้สิทธิเลิกสัญญาตามบทบัญญัติกฎหมายโดยทั่วไปในระบบกฎหมาย

¹ BGB Section 346 Effects of revocation

เยอรมันย่อมเกิดขึ้นจากการผิดหน้าที่ซึ่งมีความสำคัญสองประการซึ่งได้แก่ การผิดหน้าที่ในการชำระหนี้ (breach of duties of performance) และการผิดหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังป้องกัน (breach of duties of care)² แต่สำหรับระบบกฎหมายอังกฤษนั้น การใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวย่อมมีเหตุจากบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยรัฐสภา หรือเหตุตามข้อสัญญาที่คู่กรณีแห่งสัญญาได้ตกลงกันไว้ หรือเหตุตามหลักกฎหมายทั่วไป (general law) ที่ถูกพัฒนาขึ้นจากศาลคอมมอนลอว์ แล้วแต่กรณี³

สำหรับข้อพิจารณาในเรื่องวัตถุประสงค์ของการแสดงเจตนาใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยปริยายในระบบกฎหมายไทยนั้น วัตถุประสงค์ในทางอ้อมวิสัยของนิติกรรมการใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวดังกล่าวเป็นเรื่องยากที่จะวินิจฉัยให้ชัดเจนลงไปได้เนื่องจากเป็นเป้าหมายหรือมูลเหตุจูงใจส่วนบุคคลของคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิเลิกสัญญา⁴ แต่ในส่วนของวัตถุประสงค์ในทางภาวะวิสัยอาจพิจารณาได้จากเป้าหมายหรือประโยชน์สุดท้ายที่คู่กรณีคาดหวังจะได้รับโดยตรงจากนิติกรรมที่จัดทำขึ้น กล่าวคือ “หนี้” หรือหน้าที่อันพึงต้องปฏิบัติชำระแก่อีกฝ่ายในกรณีของนิติกรรมฝ่ายเดียว⁵ และเมื่อมาตรา 391 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติผลในทางสารบัญญัติของการใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยกำหนดให้คู่กรณีทั้งสองต่างมีหน้าที่ต้องกระทำให้อีกฝ่ายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม ด้วยเหตุนี้ทำให้เข้าใจได้ว่าการแสดงเจตนาใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยายของคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิมีวัตถุประสงค์ในทางภาวะวิสัยที่มุ่งให้เกิดผลเป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณีย้อนหลังไปในเวลาที่เขาทำสัญญา อย่างไรก็ตามมีแนวความเห็นที่ได้แย้งการใช้สิทธิเลิกสัญญาในสัญญาที่มีลักษณะต่อเนื่องนั้นจะถือว่ามิมีวัตถุประสงค์ที่มุ่งให้เกิดผลเป็นกลับคืนคืนสู่ฐานะเดิมมิได้ เนื่องจากคู่กรณีใน

(1) If one party to a contract has contractually reserved the right to revoke or if he has a statutory right of revocation, then, in the case of revocation, performance received and emoluments taken are to be returned.

² Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, The German Law of Contract: A Comparative Treatise, 2nd Edition (Oregon: Hart Publishing, 2006) pp. 421-432.

³ Stephen A. Smith, Aitayah's Introduction to the Law of Contract, 6th Edition, (Oxford: Clarendon Press, 2005) p. 196.

⁴ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรมสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 21 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560) น. 65-66

⁵ เพ็งอ้ง, น. 64, 307.

สัญญาที่ก่อหน้าอย่างต่อเนื่องไม่ได้มีความประสงค์ที่จะให้มีการกลับคืนสู่ฐานะเดิมเช่นนั้น เพราะการชำระหนี้ของแต่ละฝ่ายได้ต่างตอบแทนจนสมประโยชน์แก่ทั้งสองฝ่ายตลอดระยะเวลาตามสัญญาไปแล้ว ด้วยเหตุนี้จึงไม่มีเหตุผลใดที่ใช้สิทธิเลิกสัญญาที่มีลักษณะต่อเนื่องจะมีวัตถุประสงค์ที่มุ่งให้เกิดการกลับคืนสู่ฐานะเดิม แต่ประสงค์ที่จะสิ้นสุดการชำระหนี้ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตเท่านั้น⁶ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นในทำนองเดียวกันว่าการใช้สิทธิเลิกสัญญาทั่วไปและการใช้สิทธิเลิกสัญญาที่มีลักษณะต่อเนื่องน่าจะมีความแตกต่างกันระหว่างวัตถุประสงค์ของการเลิกสัญญาทั้งสองกรณีดังกล่าว แต่ในกรณีการใช้สิทธิเลิกสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น การใช้สิทธิเลิกสัญญามีจุดมุ่งหมายหลัก (main aim) ที่จะทำให้อีกฝ่ายที่มีผิดสัญญายุติความผูกพันตามสัญญาเมื่ออีกฝ่ายกระทำผิดหน้าที่ตามสัญญาโดยไม่แสวงสิทธิหน้าที่ตามสัญญาของตนเพื่อรอการชำระหนี้ที่ไม่วินได้รับจากฝ่ายที่ผิดสัญญา และด้วยเหตุนี้การเลิกสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมันจึงมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ (main purpose) สองประการ กล่าวคือประการที่หนึ่งเป็นการมุ่งให้เกิดการระงับสิ้นไปซึ่งหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายที่เลิกสัญญาจากการชำระหนี้ตอบแทน และประการที่สองทำให้อีกฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะเดิมมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ และด้วยเหตุนี้การเลิกสัญญาโดยทั่วไปจึงก่อให้เกิดผลสองที่สำคัญประการประการที่หนึ่งการเลิกสัญญาทำให้หน้าที่ปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาของคู่สัญญาสิ้นสุดโดยไม่มีผลย้อนหลัง (ex nunc) ประการที่สองทำให้หน้าที่ในการปฏิบัติชำระหนี้ดังกล่าวได้เปลี่ยนรูปหรือเกิดผลย้อนกลับไปเป็นหน้าที่ในการทำให้กลับคืนซึ่งการชำระหนี้ (duties of restitution of performance) ซึ่งเรียกว่าการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของความสัมพันธ์ทางหนี้ (restitutionary relationship of obligation) หรือ ‘Rückgewährschuldverhältnis’⁷ และถือเป็นอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมาย (Gestaltungsrecht) ของคู่สัญญาที่มีได้เป็นฝ่ายผิดสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียว (unilateral act) ที่จะเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางหนี้ตามสัญญา⁸ แต่ทั้งนี้การใช้สิทธิเลิกสัญญาที่มีลักษณะก่อให้เกิดหน้าอย่างต่อเนื่อง (continuing contract) มิได้มีวัตถุประสงค์ที่มุ่งจะเปลี่ยนแปลงหน้าที่ในการปฏิบัติชำระหนี้ให้เปลี่ยนรูปหรือเกิดผลย้อนกลับไปเป็นหน้าที่ในการทำให้กลับคืนซึ่งการชำระหนี้แต่ประการใด เนื่องด้วยการเลิกสัญญาที่มีลักษณะก่อหน้าอย่างต่อเนื่องไป หรือ ‘Dauerschuldverhältnisse’ เช่น สัญญาเช่า สัญญาเช่าในลักษณะเก็บกิน สัญญาเช่าหุ้นส่วน และสัญญาจ้างแรงงาน เป็นต้น เป็น

⁶ จตุพล หวังสุวรรณ, “ผลของการเลิกสัญญาต่างตอบแทน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540) น. 68-69.

⁷ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 2, pp. 420, 432-433.

⁸ *Ibid.*, p. 420.

ข้อยกเว้นที่ไม่อาจนำการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (regime of restitution) ตามมาตรา 346 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เข้ามาปรับใช้แก่สัญญาที่มีลักษณะก่อหนี้อย่างต่อเนื่อง⁹ เนื่องจากการใช้สิทธิเลิกสัญญาที่มีลักษณะก่อหนี้อย่างต่อเนื่องถือเป็นสิทธิในกรณีเฉพาะที่เรียกว่า ‘*außerordentliche Kündigung*’ หมายถึงสิทธิบอกล่วงหน้าเพื่อเลิกสัญญาในกรณีพิเศษ (an extra ordinary right to giving notice) ตามที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 314¹⁰ ทำให้การเลิกสัญญาที่ก่อหนี้อย่างต่อเนื่องย่อมไม่ก่อให้เกิดผลย้อนหลัง (no retroactive effect)¹¹ แต่ในทางกลับกันการใช้สิทธิเลิกสัญญาในระบบกฎหมายอังกฤษตั้งอยู่บนฐานของแนวคิดคลาสสิก (classical tradition) ที่ต้องการให้การใช้สิทธิเลิก

⁹ *Ibid.*, p. 436.

¹⁰ **BGB** Section 314 Termination, for a compelling reason, of contracts for the performance of a continuing obligation

(1) Each party may terminate a contract for the performance of a continuing obligation for a compelling reason without a notice period. There is a compelling reason if the terminating party, taking into account all the circumstances of the specific case and weighing the interests of both parties, cannot reasonably be expected to continue the contractual relationship until the agreed end or until the expiry of a notice period.

(2) If the compelling reason consists in the breach of a duty under the contract, the contract may be terminated only after the expiry without result of a period specified for relief or after a warning notice without result. Section 323 (2) number 1 und 2 applies, with the necessary modifications, as regards the dispensability of specifying a period for such relief and as regards the dispensability of a warning notice. Specifying a period for relief and issuing a warning notice can also be dispensed with if special circumstances are given which, when the interests of both parties are weighed, justify immediate termination.

(3) The person entitled may give notice only within a reasonable period after obtaining knowledge of the reason for termination.

(4) The right to demand damages is not excluded by the termination.

¹¹ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 2, p. 437.

สัญญาเกิดขึ้นจากการตัดสินใจและเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณีฝ่ายที่ต้องเสียหาย (the exercise of choices and internal behavior)¹² และทางเลือกของคู่สัญญาที่มีได้เป็นฝ่ายผิดที่มีต่อฝ่ายที่ผิดสัญญาย่อมได้แก่ ประการที่หนึ่งการตอบรับการผิดสัญญาที่มีลักษณะไม่ประสงค์ที่จะผูกพันตามสัญญาของฝ่ายที่ผิดสัญญา (acceptance of repudiation) และให้มีผลเป็นการเลิกสัญญาเกิดขึ้น (termination) หรือประการที่สองไม่ตอบรับการผิดสัญญาดังกล่าวและขอให้ปฏิบัติตามสัญญาต่อไป (affirmation of contract) และด้วยเหตุนี้การใช้สิทธิเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิต้องมุ่งที่จะทำให้ความผูกพันตามสัญญาสิ้นสุดลงอย่างเด็ดขาด และมีผลเป็นการละเว้นไม่ใช้สิทธิที่จะขอให้ปฏิบัติตามสัญญาต่อไปอีกด้วย (waiver by election)¹³

5.2.2 วิธีการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยาย

สำหรับวิธีการใช้สิทธิเลิกสัญญาในระบบกฎหมายไทยถือเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่มุ่งให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิในลักษณะให้เกิดการระงับสิทธิหน้าที่ตามสัญญาที่ต้องสื่อสารเจตนาให้แก่อีกฝ่ายได้รับรู้โดยการแจ้งหรือการบอกกล่าว¹⁴ ทั้งนี้การใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยายตั้งอยู่บนหลักอิสระในทางแพ่ง (private autonomy) ทำให้ผู้แสดงเจตนาสามารถเลือกวิธีการแสดงเจตนาได้ตามที่ตนเองต้องการ¹⁵ แต่อย่างน้อยที่สุดการใช้สิทธิเลิกสัญญาต้องมีการกระทำที่ทำให้คาดเห็นหรือสันนิษฐานได้ด้วยเหตุผลโดยชอบว่าผู้ใช้สิทธิเลิกสัญญามีเจตนาประสงค์ต่อสิ่งใด¹⁶ และความผลของการใช้สิทธิเลิกสัญญาย่อมแตกต่างกันไประหว่างการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้าหรือต่อบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้าแล้วแต่กรณี¹⁷ การใช้สิทธิเลิกสัญญาต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้าจะมีผล

¹² Stephen A. Smith, *supra* note 3, pp. 203-204.

¹³ Ewan Mckendrick, *Contract Law*, 11th Edition (London: Palgrave, 2015) pp. 334-336.

¹⁴ จิต เศรษฐบุตร, *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา*, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราวรรณ ธีระวัฒน์ (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556) น. 128-129, และดู ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 26.

¹⁵ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 144, และดู จิต เศรษฐบุตร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 14*, น. 27-28 และ 148-150.

¹⁶ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 149.

¹⁷ *เพ็ญอ้าว*, น. 146-149.

ต่อเมื่อผู้รับเจตนาได้ทราบถึงเจตนาเลิกสัญญาของผู้มีสิทธิเลิกสัญญาซึ่งตั้งอยู่ทฤษฎีรู้เจตนา¹⁸ หรือหลักการทราบเจตนา (principle of perception)¹⁹ ถ้าการใช้สิทธิเลิกสัญญาต่อบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะจะมีผลเมื่อเจตนาเลิกสัญญาได้ส่งไปถึงผู้รับเจตนาซึ่งตั้งอยู่บนฐานของทฤษฎีรับเจตนา²⁰ หรือหลักการรับเจตนา (principle of reception)²¹ ด้วยเหตุนี้ทำให้การใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยปริยายในระบบกฎหมายไทยอาจกระทำไม่ได้โดยปริยาย แต่อย่างน้อยที่สุดต้องมีการสื่อสารการแสดงเจตนาเลิกสัญญาให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายได้ทราบ

และในทำนองเดียวกันนั้นการใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวตามระบบกฎหมายเยอรมันถือเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมหรือ ‘*Rechtsgeschäft*’ ที่ตั้งอยู่บนหลักอิสระทางแพ่ง และถือเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมฝ่ายเดียว (one-side legal transaction) ทั้งนี้การใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวไม่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในทางหนี้ระหว่างผู้แสดงและผู้รับการแสดงเจตนา²² แต่เป็นอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมาย (Gestaltungsrecht) ของคู่สัญญาที่มีได้เป็นฝ่ายผิดสัญญาที่จะเปลี่ยนแปลงซึ่งความสัมพันธ์ทางหนี้ตามสัญญานั้น²³ ด้วยเหตุนี้การใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยายในระบบกฎหมายเยอรมันตั้งอยู่บนหลักอิสระทางแพ่งเช่นเดียวกันระบบกฎหมายไทย คู่กรณีที่มีสิทธิเลิกสัญญาอาจแสดงเจตนาใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยายได้เช่นเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตามการใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการแสดงเจตนาหรือ ‘*Willenserklärung*’ ที่อยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไป (General Part) ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน²⁴ และเข้าใจว่าการแสดงเจตนาใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยายถือเป็นการแสดงเจตนาที่ต้องมีการบอกกล่าวให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายซึ่งเป็นบุคคลที่เฉพาะเจาะจงได้รับทราบหรือ ‘*empfangsbedürftig*’²⁵ ถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่จะถูกบอกเลิกสัญญาเป็น

¹⁸ เฟิงอ้าว, น. 146.

¹⁹ จิตติ ดิงศภัทัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วยสัญญา บรรพ 2 มาตรา 354 – 394, ปรับปรุงโดย ศนันท์กรณ โสติพันธ์ (กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551) น. 34.

²⁰ ศนันท์กรณ โสติพันธ์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น. 151.

²¹ จิตติ ดิงศภัทัย, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 19, น. 34.

²² Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 2, p. 27.

²³ *Ibid.*, p. 420.

²⁴ *Ibid.*, p. 67.

²⁵ *Ibid.*

บุคคลที่ไม่อยู่ต่อหน้า (inter absente) การใช้สิทธิเลิกสัญญาจะมีผลเมื่อเนื้อหาแห่งการบอกเลิกสัญญาได้ถูกส่งไปถึงคู่สัญญาอีกฝ่ายหรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าการแสดงเจตนาใช้สิทธิเลิกสัญญาจะมีผลต่อเมื่อได้ถูกส่งไปอยู่ขอบเขตความรู้ของผู้รับเจตนา (sphere of influence of addressee)²⁶

แต่ในทางกลับกันการใช้สิทธิเลิกสัญญาในระบบกฎหมายอังกฤษ (right to election) มีความแตกต่างไปจากระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน เนื่องจากการใช้สิทธิเลิกสัญญาในระบบกฎหมายอังกฤษมีพื้นฐานจากแนวคิดคลาสสิก (classical tradition) ที่การใช้เลิกสัญญาจะเกิดขึ้นได้จากการที่ผู้มีสิทธิเลิกสัญญาตอบรับ (accept) ต่อการผิดสัญญาที่มีลักษณะแสดงให้เห็นถึงความไม่ประสงค์ที่จะผูกพันตามสัญญาของฝ่ายที่ผิดสัญญา (repudiatory breach) ซึ่งการตอบรับความประสงค์ที่จะเลิกสัญญาของฝ่ายที่ผิดสัญญาเช่นนั้นไม่มีรูปแบบที่เฉพาะเจาะจง แต่การสื่อสารด้วยวิธีการอื่นหรือด้วยการกระทำที่ทำให้ฝ่ายผู้ผิดสัญญาเข้าใจได้อย่างชัดเจนว่าต้องการให้สัญญาลิ้นสุดลงก็เพียงพอแล้วที่จะให้สัญญาเลิกกัน²⁷ และด้วยเหตุที่การนิ่ง (silence) ย่อมไม่ถือเป็นการกระทำใดๆ ตามหลักทั่วไปและไม่อาจถือว่าเป็นการตอบรับให้มีการเลิกสัญญา แต่อาจกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดของคู่สัญญาอาจถูกพิจารณาได้ว่าเป็นคำสนองรับให้เลิกสัญญา เช่น ผู้รับจ้างไม่กลับเข้ามาทำงานอีกเลยหลังจากที่ถูกผู้ว่าจ้างขับไล่ออกจากสถานที่ทำงาน เป็นต้น แต่เพื่อหลีกเลี่ยงความไม่แน่นอนดังกล่าวจึงทำให้คู่สัญญาที่จะเลิกสัญญามักได้รับคำแนะนำให้แสดงเจตนาตอบรับให้เลิกสัญญาด้วยความชัดเจนและแน่นอน (explicit)²⁸ นอกจากนี้อีกฝ่ายที่มีสิทธิเลิกสัญญาอาจตอบรับความประสงค์ดังกล่าว (accept the repudiation) ด้วยการฟ้องร้องเพื่อเรียกค่าเสียหายหรือขอให้ยุติความผูกพันตามสัญญาที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตได้อีกด้วย²⁹

กล่าวโดยสรุปคือไม่ว่าในระบบกฎหมายไทย เยอรมัน หรืออังกฤษนั้น การใช้สิทธิเลิกสัญญามีความสำคัญอยู่ที่การสื่อสารการแสดงเจตนาที่จะใช้สิทธิเลิกสัญญาดังกล่าวให้คู่สัญญาฝ่ายที่จะถูกเลิกสัญญาได้ทราบหรืออาจทราบได้ว่ามีเจตนาเช่นนั้น

²⁶ *Ibid.*, p. 69.

²⁷ Ewan Mckendrick, *Contract Law: Text, Cases, and Material*, 3rd Edition (Clarendon: Oxford University Press) p. 816, see also *Vitol SA v. Norelf Ltd [1996] AC 800, 810*.

²⁸ *Ibid.*, p. 817.

²⁹ *Denmark Production Ltd v. Boscobel Production Ltd [1968] 3 All ER 513*, Cited in Stephen A. Smith, *supra* note 3, p. 203.

5.2.3 ผลของการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยาย

ผลของการใช้สิทธิเลิกสัญญาในระบบกฎหมายไทยบัญญัติอยู่ในมาตรา 391 ซึ่งกำหนดคู่กรณีมีหน้าที่ต้องทำให้อีกฝ่ายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมที่เป็นอยู่ในเวลาก่อนเข้าทำสัญญา และถือเป็นผลในทางกฎหมายของการใช้สิทธิเลิกสัญญาทั่วไป และสาเหตุที่กฎหมายกำหนดให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องทำให้อีกฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะเดิมและคืนทรัพย์สินและประโยชน์ที่ได้รับจากสัญญาทั้งหมดให้แก่อีกฝ่ายนั้นเนื่องจากการใช้สิทธิเลิกสัญญาส่งผลทำให้สัญญาระงับสิ้นย่อนหลังไปตั้งแต่วันที่เข้าทำสัญญาและสัญญาที่เป็นฐานรองรับการชำระหนี้ที่ได้กระทำไปจึงไม่มีอยู่อีกต่อไป³⁰ และด้วยเหตุที่บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้มีการแบ่งแยกผลของการเลิกสัญญาระหว่างการเลิกสัญญาที่มีลักษณะก่อหนี้ให้ต้องปฏิบัติชำระคราวหนึ่งคราวเดียวและการเลิกสัญญาที่ก่อหนี้ให้ต้องปฏิบัติชำระอย่างต่อเนื่อง ทำให้อาจเกิดผลในทางกฎหมายที่ไม่เหมาะสมเมื่อนำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมเข้าปรับใช้แก่การเลิกสัญญาที่มีลักษณะต่อเนื่อง เช่น สัญญาเช่า สัญญาเช่าซื้อ สัญญาจ้างแรงงาน เป็นต้น เนื่องจากการกลับคืนสู่ฐานะเดิมมีลักษณะย้อนหลังจะมีผลทำให้เกิดการรื้อฟื้นหนี้ที่ระงับสิ้นแล้วในอดีตขึ้นมาอีกครั้ง³¹ คู่กรณีที่เลิกสัญญาที่ก่อหนี้ต่อเนื่องจึงมิได้มีเจตนาที่จะเรียกการชำระหนี้ที่ทาลงไปแล้วคืนแต่ต้องการให้สัญญาและหนี้ที่อาจเกิดมีขึ้นในอนาคตสิ้นสุดลงเท่านั้น อีกทั้งคู่กรณีต้องเสียค่าใช้จ่ายในการคืนทรัพย์สินโดยใช้เหตุและมีความยุ่งยากในการคิดคำนวณเงินที่ต้องชดเชยเพื่อให้อีกฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะเดิมทำให้เกิดผลเสียต่อเศรษฐกิจในภาพรวมอีกด้วย³² และในบางกรณีการกลับคืนสู่ฐานะเดิมทำให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่งขึ้นได้ เช่น ผู้ให้เช่าที่บอกเลิกสัญญาเช่าต้องคืนเงินค่าเช่าและดอกเบี้ยให้แก่ผู้เช่า เป็นต้น³³

และในทางกลับกันระบบกฎหมายเยอรมันได้มีการแบ่งแยกผลในทางสารบัญญัติระหว่างการเลิกสัญญาที่มีลักษณะทั่วไปและการเลิกสัญญาที่มีลักษณะก่อหนี้อย่างต่อเนื่องเอาไว้อย่าง

³⁰ ศนันท์กรณ โสติพันธ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 489-497.

³¹ โปรตตุ จตุพล หวังสู่วัฒนา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น. 67-71, และดู จิต เศรษฐบุตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14*, น. 286-287, และดู ศนันท์กรณ โสติพันธ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 498-499.

³² จตุพล หวังสู่วัฒนา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น. 67-71.

³³ ศนันท์กรณ โสติพันธ์, คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ พร้อมคำอธิบายในส่วน ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 และกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง, พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556) น. 149-151.

ชัดเจน โดยผลของการใช้สิทธิเลิกสัญญาทั่วไปบัญญัติอยู่ในมาตรา 346³⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งกำหนดให้คู่กรณีเกิดการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (*restitutio in integrum*) และคู่กรณีแต่ละฝ่ายจะถูกคาดหวังให้ส่งมอบคืนประโยชน์ทั้งหลายที่ตนได้รับมาจากอีกฝ่าย และในส่วนของการใช้สิทธิเลิกสัญญาที่มีลักษณะต่อเนื่องอย่างต่อเนื่อง (*continuing contract*) หรือ *‘Dauerschuldverhältnisse’* ถือข้อยกเว้นที่ไม่อาจนำการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (*regime of restitution*) ตามมาตรา 346 เข้ามาปรับใช้แก่สัญญาที่มีลักษณะต่อเนื่องซึ่งหมายถึงสัญญาที่แต่ละฝ่ายไม่สามารถปฏิบัติชำระหนี้ให้เสร็จสิ้นในคราวเดียวแต่ต้องมีการปฏิบัติชำระหนี้อย่างต่อเนื่องไปในเวลาหนึ่ง เช่น สัญญาเช่า สัญญาเช่าในลักษณะเก็บกิน สัญญาเช่าหุ้นส่วน และสัญญาจ้างแรงงาน เป็นต้น³⁵ ทั้งนี้การใช้สิทธิเลิกสัญญาที่เหตุจากการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่าฝืนต่อสัญญาที่ต่อเนื่องอย่างต่อเนื่องถือเป็นสิทธิในกรณีเฉพาะ (*special right*) ที่เรียกในภาษาเยอรมันว่า *‘außerordentliche Kündigung’* ซึ่งหมายถึง สิทธิบอกล่วงหน้าเพื่อเลิกสัญญาในกรณีพิเศษ (*an extra ordinary right*)

³⁴ BGB Section 346 Effects of revocation

(1) If one party to a contract has contractually reserved the right to revoke or if he has a statutory right of revocation, then, in the case of revocation, performance received and emoluments taken are to be returned.

(2) In lieu of restitution or return, the obligor must provide compensation for value, to the extent that 1. restitution or return is excluded by the nature of what has been obtained, 2. he has used up, disposed of, encumbered, processed or redesigned the object received, 3. the object received has deteriorated or has been destroyed; but deterioration that is caused by the object being used in accordance with its intended use is not taken into account.

If consideration is specified in the contract, then this is to be used as a basis when the compensation for value is calculated; if compensation for value for the benefit of use of a loan is to be paid, it can be shown that the value of the benefit of use was lower.

³⁵ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra note 2*, p. 436.

to giving notice) ตามที่บัญญัติไว้ตามที่มาตรา 314³⁶ วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน³⁷ และผลของการเลิกสัญญาที่ก่อหนี้ให้ปฏิบัติชำระอย่างต่อเนื่องย่อมทำให้นิติสัมพันธ์ตามสัญญาสิ้นสุดไปในเวลาที่อีกฝ่ายได้รับคำบอกกล่าว (notice is received) กล่าวอีกนัยหนึ่งคือไม่ก่อให้เกิดผลย้อนหลัง (no retroactive effect) เนื่องด้วยเหตุผลสำคัญที่ว่า การชำระหนี้ทั้งหลายได้ทำลงไปในอดีตไม่อาจถูกละเลย (cannot be ignored) เพราะเป็นกระทำที่เกิดขึ้นภายใต้ขอบเขตแห่งสิทธิหน้าที่ตามสัญญาที่สมบูรณ์³⁸

³⁶ **BGB** Section 314 Termination, for a compelling reason, of contracts for the performance of a continuing obligation

(1) Each party may terminate a contract for the performance of a continuing obligation for a compelling reason without a notice period. There is a compelling reason if the terminating party, taking into account all the circumstances of the specific case and weighing the interests of both parties, cannot reasonably be expected to continue the contractual relationship until the agreed end or until the expiry of a notice period.

(2) If the compelling reason consists in the breach of a duty under the contract, the contract may be terminated only after the expiry without result of a period specified for relief or after a warning notice without result. Section 323 (2) number 1 und 2 applies, with the necessary modifications, as regards the dispensability of specifying a period for such relief and as regards the dispensability of a warning notice. Specifying a period for relief and issuing a warning notice can also be dispensed with if special circumstances are given which, when the interests of both parties are weighed, justify immediate termination.

(3) The person entitled may give notice only within a reasonable period after obtaining knowledge of the reason for termination.

(4) The right to demand damages is not excluded by the termination.

³⁷ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 2, p. 437.

³⁸ *Ibid.*

ทั้งนี้การใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวในระบบกฎหมายอังกฤษย่อมทำให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากการปฏิบัติชำระหนี้ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ด้วยเหตุนี้ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดสัญญาไม่จำเป็นต้องยอมรับการชำระหนี้หรือต้องชำระหนี้ตอบแทนใดๆ แก่อีกฝ่าย และในทางกลับกันก็หน้าที่ในการชำระหนี้ของฝ่ายที่ผิดสัญญาย่อมสิ้นสุดลงด้วยเช่นกัน³⁹ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือผลทั่วไปของการเลิกสัญญาในระบบกฎหมายอังกฤษทำให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีผลย้อนหลัง (ex nunc)⁴⁰ อย่างไรก็ตามหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมก็มีความจำเป็นในการปกป้องประโยชน์และคุ้มครองความเสียหายของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย แต่ทั้งนี้อาจกล่าวได้ว่าหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้นใช้บังคับอย่างจำกัดเฉพาะแต่ในกรณีที่ฝ่ายผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับประโยชน์ใดๆ จากการเข้าทำสัญญา กล่าวอีกนัยหนึ่งคือคู่สัญญาที่เรียกร้องให้มีการชดเชยค่าเสียหายเพื่อการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (restitutionary claim) ต้องกล่าวอ้างว่าสินจ้างที่เป็นเหตุให้มีการชำระเงินนั้นได้ระงับสิ้นไปทั้งหมด (the consideration for payment has wholly failed)⁴¹ และทำให้คู่สัญญาที่ชำระเงินไปอาจเรียกคืนจากอีกฝ่ายได้ตามหลักว่าด้วยลาภมิควรได้ (unjust enrichment)⁴² นอกจากนี้ถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่ได้ผิดสัญญาได้มีการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นไปแล้วก็อาจเรียกคืนด้วยเหตุแห่งลาภมิควรได้เพื่อขอให้ตนได้กลับคืนสู่ฐานะได้⁴³ และแม้ว่าระบบกฎหมายอังกฤษจะมีได้มีการแบ่งแยกผลของการเลิกสัญญาที่มีลักษณะก่อนนี้ให้ปฏิบัติชำระคราวเดียว (instantaneous) กับสัญญาที่มีลักษณะก่อนนี้ให้ปฏิบัติชำระอย่างต่อเนื่อง ('successive' or 'continuing' contract) เหมือนเช่นที่ระบบกฎหมายเยอรมัน แต่ทั้งนี้ผลการเลิกสัญญาที่มีลักษณะก่อนนี้อย่างต่อเนื่องนั้นก็ยังมีลักษณะคล้ายคลึงกับระบบกฎหมายเยอรมัน เช่น สัญญาเช่าซื้อ (instalment contract) ซึ่งถ้าผู้เช่าซื้อไม่ชำระค่าเช่าซื้องวดใดงวดหนึ่งย่อมทำให้อีกฝ่ายมีสิทธิเลิก

³⁹ Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *Anson's Law of Contract*, 29th Edition (Clarendon: Oxford University Press, 2010) p. 524.

⁴⁰ Bank of Boston Connecticut v European Grain & Shipping "The Dominique" [1989] 1 AC 1056, Cited in Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 2, p. 432.

⁴¹ *Gile v. Edwards* (1797) 7 Term Rep 181, Cited in Ewan Mckendrick, *supra* note 27, p. 874, see also *Baldry v Marshall* [1925] 1 QB 260, Cited in Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 2, p. 419

⁴² Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra* note 39, p. 525.

⁴³ *Ibid.*, pp. 524-526, see also Ewan Mckendrick, *supra* note 27, p. 874.

สัญญาโดยไม่มีผลกระทบกระเทือนต่อมูลค่าเข้าซื้อที่ได้ชำระไปแล้ว กล่าวอีกนัยหนึ่งคือการเลิกสัญญาเข้าซื้อในระบบกฎหมายอังกฤษย่อมมีผลทำให้สัญญาสิ้นสุดไปในอนาคตและไม่มีผลย้อนหลัง⁴⁴

5.3 ปัญหาเรื่องข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยาย

5.3.1 ลักษณะทางกฎหมายของข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยาย

ข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายในระบบกฎหมายไทยถือเป็นสัญญาไม่มีชื่อและไม่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใดๆ ที่อาจทำให้เห็นสภาพหรือลักษณะในทางกฎหมายของข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายเอาไว้เลย แต่เข้าใจว่าผลโดยทั่วไปของข้อตกลงเลิกสัญญาจะทำให้สัญญาระงับสิ้น และข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายในระบบกฎหมายไทยจึงถือเป็นนิติกรรมสองฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิกล่าวคือ การระงับสิทธิและหน้าที่ซึ่งเกิดขึ้นจากสัญญาฉบับเดิมอย่างเด็ดขาด ส่วนจะระงับสิ้นไปเมื่อใดหรือผลของการเลิกสัญญาจะเป็นอย่างไรนั้นเข้าใจว่าเป็นไปตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกันในข้อตกลงเลิกสัญญานั้นๆ⁴⁵ ซึ่งมีแนวคำวินิจฉัยศาลฎีกาของไทยได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4923/2546 เกี่ยวกับนายจ้างจัดทำโครงการให้ลูกจ้างลาออกโดยสมัครใจเพื่อรับเงินค่าตอบแทน และที่ 2364/2545, 2641/2543 วินิจฉัยทำนองเดียวกัน และถ้าหากคู่สัญญาไม่ได้ตกลงในรายละเอียดเรื่องผลของข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายไว้นั้นจากการศึกษาพบว่าตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยวินิจฉัยว่าให้นำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณีตามมาตรา 391 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เป็นเรื่องผลแห่งการใช้สิทธิเลิกสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวมาปรับใช้แก่ข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยาย⁴⁶ โดยไม่มีการแบ่งแยกประเภทของสัญญาที่จะถูกเลิกว่ามีลักษณะที่ก่อหนี้ให้ปฏิบัติชำระคราวเดียวหรือเป็นสัญญาที่ก่อหนี้ให้ปฏิบัติชำระอย่างต่อเนื่อง ซึ่งมีแนวคำอธิบายในทางตำราได้แย้งว่าการนำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมมาใช้แก่สัญญาที่ก่อหนี้ให้ปฏิบัติ

⁴⁴ Guenter H. Treitel, “Remedies for Breach of Contract,” International Encyclopedia of comparative law, vol. VII, pt. 2, ch. 16, ed. Aurther T. Von Mehren (Tübingen: Mohr Siebeck, 2008) s. 16-181.

⁴⁵ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 488-489.

⁴⁶ *เพ็ญอ้าว*, น. 488-489 และ 502-503.

ชำระอย่างต่อเนื่องอาจก่อให้เกิดความไม่เหมาะสม อีกทั้งอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมได้⁴⁷ ดังรายละเอียดที่ได้กล่าวข้างต้น

และในทำนองเดียวกันข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายในระบบกฎหมายเยอรมันเข้าใจว่าเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่ไม่ตั้งอยู่บนฐานของเอกเทศสัญญาใดๆ (atypical) เช่นเดียวกัน และถือเป็นสัญญาประเภทใหม่ที่ไม่มิบัพัญญติกฎหมายกำหนดถึงสิทธิหน้าที่ตามสัญญาเอาไว้ ด้วยเหตุนี้ทำให้หลักกฎหมายที่นำมาปรับใช้แก่กรณีมักเกิดจากคำวินิจฉัยของศาล (case law) โดยศาลเยอรมันได้นำหลักกฎหมายดั้งเดิมที่อยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเข้ามาปรับใช้ในลักษณะเทียบเคียง (by analogy)⁴⁸ สำหรับผลในทางกฎหมายสารบัญญัติของการใช้สิทธิเลิกสัญญาทั่วไปบัญญัติอยู่ในมาตรา 346 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งกำหนดให้คู่กรณีเกิดการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (restitutio in integrum)⁴⁹ ส่วนผลในทางกฎหมายสารบัญญัติของการใช้สิทธิเลิกสัญญาที่มีลักษณะต่อเนื่อง (continuing contract) ได้แก่การที่สัญญาสิ้นสุดลงไปในอนาคตโดยไม่มีผลย้อนหลัง⁵⁰

สำหรับข้อตกลงเลิกสัญญาในระบบกฎหมายอังกฤษนั้น คู่สัญญาอาจทำข้อตกลงในภายหลังเพื่อเลิกสัญญาได้อีกด้วย (termination of contract by agreement) และถือเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้หลักทั่วไปว่าด้วยการก่อให้เกิดสัญญา (formation of contract) ซึ่งต้องมีการแลกเปลี่ยนสินจ้างเพื่อให้ข้อตกลงเลิกสัญญาดังกล่าวมีผลสมบูรณ์อีกด้วย⁵¹ ทั้งนี้กระบวนการเกิดสัญญาตามระบบกฎหมายอังกฤษโดยทั่วไปย่อมเกิดขึ้นจากการจัดทำเสนอและคำสนอง⁵² ทั้งนี้หากคู่สัญญาต่างฝ่ายต่างทำคำเสนอขอเลิกสัญญาแก่อีกฝ่ายในลักษณะที่เป็นคำเสนอทั้งสองฝ่าย (cross-offers) แม้จะมีเนื้อหาอย่างเดียวกันก็ไม่อาจก่อให้เกิดเป็นสัญญาขึ้นเลย⁵³ ยิ่งกว่านั้นศาลคอมมอนลอว์ได้เคย

⁴⁷ โปรตตุ จตุพล หวังสู่วัฒนา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, และดู จิต เศรษฐบุตร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 14*, น. 286-287, และดู ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 498-499.

⁴⁸ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra note 2*, pp. 162-163

⁴⁹ *Ibid.*, p. 389.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 437.

⁵¹ Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra note 39*, pp. 111, 462.

⁵² Ewan Mckendrick, *supra note 27*, pp. 48-51.

⁵³ *Tinn v. Hoffmann & Co (1873) 29 LT 271*, Cited in *Ibid.*, p. 50, see also Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra note 39*, p. 39.

วินิจฉัยว่าการที่คู่สัญญาชำระหนี้ล่าช้าอย่างมาก (a long period of delay) หรือการไม่ดำเนินการใดๆ (inactivity) เป็นเวลานานว่าอาจถือได้ว่าเป็นกรณีที่คู่สัญญาตกลงที่จะละทิ้งสัญญา (the parties have agreed to abandon their contract) เนื่องจากพิจารณาจากเหตุผลโดยชอบทำให้เห็นได้ว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นมีการกระทำหรือพฤติกรรมที่แสดงให้อีกฝ่ายเข้าใจได้ว่าตกลงที่จะเลิกสัญญา⁵⁴

5.3.2 วิธีการทำคำเสนอขอลีกสัญญา

ตามระบบกฎหมายไทยนั้น คำเสนอมีความหมายในทางเทคนิคที่ว่าเป็นคำขอให้ทำสัญญาสาระสำคัญของคำเสนอนั้นอยู่ที่ความชัดเจนแน่นอนถึงขนาดที่จะทำให้เกิดสัญญาทันทีเมื่ออีกฝ่ายทำคำสนองรับกลับมา และหากคำเสนอไม่มีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอย่อมผลทำให้ลดคุณค่าของคำเสนอและถือเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้อีกฝ่ายทำคำเสนอเท่านั้น⁵⁵ ด้วยเหตุนี้ทำให้มีแนวความเห็นในทางตำราที่ว่า การแสดงเจตนาทำคำเสนอนั้นต้องแสดงออกมาโดยชัดแจ้งเท่านั้น และคำเสนอจะไม่อาจทำโดยปริยายได้ อย่างไรก็ตามศาสตราจารย์เสนีย์ ปราโมช เคยให้ตัวอย่างในทางตำราที่ทำให้เข้าใจได้ว่าคำเสนออาจกระทำได้โดยปริยาย⁵⁶ และมีคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 1013/2509⁵⁷

⁵⁴ *Paal Wilson & Co A/S v. Partenreederei Hannah Blumenthal, The Hannah Blumenthal* [1983] 1 AC 854, 865, 885, 914, 916, 924, Cited in Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra* note 39, p. 462.

⁵⁵ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 320.

⁵⁶ ตัวอย่างเช่น “...ถ้ามีคนส่งเปียร์มา 1 โหลหรือหนังสือราคาแพง 1 เล่มมาให้เราโดยพฤติการณ์ไม่อาจที่จะเห็นได้ว่าเป็นการส่งมาให้เปล่าและอาจถือเป็นคำเสนอจะขายโดยปริยายได้...”, อ้างถึงใน เสนีย์ ปราโมช, *อ้าวไว้ เชิงอรรถที่ 83*, น. 36.

⁵⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1013/2498 (ญ.) วินิจฉัยว่า “ศาลฎีกาเห็นว่าการตั้งโรงไฟฟ้าจำหน่ายกระแสไฟฟ้าเช่นนี้เป็นกิจการค้าอันเป็นสาธารณูปโภค ซึ่งกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนต้องห้ามมิให้กระทำเว้นแต่ได้รับอนุญาตจากรัฐบาล รัฐบาลจะกำหนดเงื่อนไขที่เห็นว่าจำเป็นไว้ด้วยก็ได้ตามนัยแห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 มาตรา 5 และฉบับที่ 2 พ.ศ. 2485 ศาลฎีกาโดยที่ประชุมใหญ่เห็นว่าการที่บริษัทจำเลยเรียกเก็บเงินเช่นที่กล่าวแล้วนั้นเป็นการขัดกับสัมปทานข้อ 16, 18, 20 จะเรียกเงินเกี่ยวกับหม้อมิเตอร์เกินกว่าเดือนละ 100 สตางค์ไม่ได้ การที่บริษัทได้รับสัมปทานเช่นนี้ถือได้ว่าได้ทำคำเสนอแสดงออกต่อบุคคลทั่วไปว่าจะรับบริการต่อประชาชนภายในเขตสัมปทานตามเงื่อนไขในสัมปทาน ฉะนั้นเมื่อผู้ใช้ไฟฟ้าและปฏิบัติตามสัมปทานแล้วก็ถือได้ว่าสนองรับคำเสนอของบริษัทจำเลย ก่อให้เกิดนิติกรรมสัญญาผูกพันกันขึ้นระหว่างผู้ใช้

วินิจฉัยว่าการได้รับสัมปทานตั้งโรงไฟฟ้าถือเป็นคำเสนอต่อบุคคลทั่วไปว่าจะรับบริการต่อประชาชนที่มีความประสงค์จะเข้าทำสัญญาตามเงื่อนไขสัมปทาน ทำให้เข้าใจได้ว่าการแสดงเจตนาทำคำเสนออาจจะทำได้โดยปริยายตามแนวคำพิพากษากฎีกาดังกล่าว แต่ทั้งนี้ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าข้อเท็จจริงตามคำพิพากษากฎีกาที่ 1013/2509 อาจถือได้ว่าเป็นการทำคำสนองโดยไม่มีเงื่อนไขของผู้ให้บริการสาธารณูปโภคตามระบบกฎหมายสัญญาเยอรมันซึ่งรายละเอียดจะได้พิจารณาต่อไป แต่ในขั้นนี้อาจกล่าวได้ว่ามีความไม่ลงรอยกันในความเห็นทางตำราของนักกฎหมายไทยและแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาว่าในระบบกฎหมายไทยยอมรับให้การแสดงเจตนาทำคำเสนออาจทำได้โดยปริยายได้หรือไม่ นอกจากนี้คำเสนอถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการแสดงเจตนาจึงอยู่ภายใต้บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการแสดงเจตนา ซึ่งการมีผลของคำเสนอจะขึ้นอยู่กับว่าคำเสนอได้กระทำต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้าหรือไม่ อยู่เฉพาะหน้าอีกด้วย⁵⁸ แต่อย่างน้อยที่สุดอาจกล่าวได้ว่าคำเสนอขอเลิกสัญญาโดยปริยายต้องมีการสื่อสารให้ฝ่ายที่จะถูกบอกเลิกสัญญาได้ทราบถึงการเปลี่ยนแปลงในนิติฐานะตามสัญญาของตนเอง

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาลักษณะของคำเสนอในระบบกฎหมายเยอรมันจะเห็นว่า มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับระบบกฎหมายไทยอย่างยิ่งและมีความชัดเจนมากกว่า โดยคำเสนอถือเป็นคำขอให้ทำสัญญาที่ต้องมีความชัดเจนแน่นอน (precise) และต้องครบถ้วนด้วยสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญาที่มุ่งจะจัดทำ (complete as to the essential elements of the proposed contract) หรือ ‘*essentialia negotii*’ อีกทั้งสิทธิหน้าที่ตามสัญญาของแต่ละฝ่ายอย่างน้อยที่สุดต้องสามารถเห็นได้จากเนื้อหาแห่งคำเสนอนั้น (the duties of parties must be at least ascertainable) และหลักการที่พบเห็นได้บ่อยในตำราของเยอรมันในการอธิบายว่าการแสดงเจตนาหนึ่งเป็นคำเสนอหรือไม่นั้นย่อมได้แก่ ถ้าการแสดงเจตนาใดหากผู้รับการแสดงเจตนาเพียงตอบกับผู้ที่ทำคำเสนอด้วยถ้อยคำธรรมดาเช่นว่า “ได้” (yes) หรือ “ตกลง” (agree) ก็เพียงพอที่จะทำให้เกิดเป็นสัญญาขึ้นได้ การแสดงเจตนาที่ย่อมถือว่าเป็นคำเสนอ⁵⁹ ยิ่งกว่านั้นคำเสนอขอเลิกสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมันมีความเคร่งครัดในรูปแบบของการจัดทำถึงการการทำคำเสนอขอทำสัญญาโดยทั่วไป

ไฟฟ้ากับผู้รับสัมปทาน โดยเหตุนี้จะเป็นโดยข้อสัญญาหรือข้อกำหนด จำเลยก็ไม่มีสิทธิเรียกเงินประกันหม้อมิเตอร์และบอกเลิกสัญญาได้โดยลำพังตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 386 พิพากษายืน”, อ้างถึงใน จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14, น. 202.

⁵⁸ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น. 151-153 และ 319, และดู จิตติ ดิงศักดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19, น. 34.

⁵⁹ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 2, p. 59.

เนื่องจากระบบกฎหมายสัญญาเยอรมันได้แบ่งแยกอย่างเด็ดขาดระหว่างนิติกรรมที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางหนี้ หรือ ‘*Verpflichtungsgeschäft*’ ที่ตั้งอยู่บนทฤษฎีสัญญาเชิงรูปธรรม (principle of separation) และนิติกรรมในทางทรัพย์สิน หรือ ‘*Verfügungsgeschäft*’ ที่มุ่งทำให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิในลักษณะการโอน เปลี่ยนแปลง ระบุ หรือจำกัดสิทธิทั้งหลาย (the legal transaction which transfers, alters, extinguishes or encumber rights) ซึ่งตั้งอยู่บนฐานในทางทฤษฎีสัญญาเชิงนามธรรม (principle of abstraction)⁶⁰ และหลักที่ว่าคำเสนอต้องชัดเจนแน่นอน และครบถ้วนสมบูรณ์ด้วยสาระสำคัญ (requirement of specificity and completeness) ต้องบังคับใช้อย่างเคร่งครัดในสัญญาที่ก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวโดยตรงต่อสิทธิทางทรัพย์สิน (contract directly transfers property right) และด้วยเหตุที่เป็นนิติกรรมที่กระทบกระเทือนโดยตรงและโดยพลันต่อสิทธิในทางทรัพย์สิน (right *in rem*) จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่คู่กรณีแห่งสัญญาต้องพิเคราะห์ถึงผลแห่งสัญญาอย่างถี่ถ้วนในขณะเวลาที่เข้าทำสัญญา (exhaustively determine the object of contract at the time of contracting)⁶¹ นอกจากนี้คำเสนอถือรูปแบบหนึ่งของการแสดงเจตนา หรือ ‘*Willenserklärung*’ ที่อยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไป (General Part) ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน⁶² จึงต้องมีการบอกกล่าวให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายซึ่งเป็นบุคคลที่เฉพาะเจาะจงได้รับทราบ หรือ ‘*empfangsbedürftig*’ อีกด้วย⁶³ ถ้าการทำคำเสนอขอเลิกสัญญาโดยปริยายได้ทำต่อบุคคลที่ไม่อยู่ต่อหน้าคำเสนอขอเลิกสัญญาโดยปริยายจะมีผลเมื่อคำเสนอได้ส่งไปถึงผู้รับคำเสนออีกฝ่ายหรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าคำเสนอจะมีผลต่อเมื่อได้ถูกส่งไปอยู่ขอบเขตความรู้ของผู้รับเจตนา (sphere of influence of addressee)⁶⁴ ด้วยเหตุนี้ทำให้ผู้เขียนเข้าใจว่าการทำคำเสนอขอเลิกสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมันน่าจะต้องการกระทำโดยชัดแจ้งเท่านั้นและต้องมีการสื่อสารคำเสนอให้แก่ผู้รับคำเสนออีกฝ่ายได้ทราบหรืออยู่ในลักษณะที่อาจทราบได้อีกด้วย

ในทางกลับกันคำเสนอขอเลิกสัญญาในระบบกฎหมายอังกฤษนั้นมีรายละเอียดที่เบาบางกว่าระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน กล่าวคือโดยทั่วไปคำเสนอในระบบกฎหมายอังกฤษนั้นต้องมีการแสดงออกโดยนัยไม่ว่าจะโดยวาจาหรือการกระทำว่ามีความประสงค์ที่จะขอเข้าทำสัญญาถึงแม้ว่าจะไม่ได้บอกกล่าวโดยตรงว่ามีเจตนาเช่นนั้นก็ตาม และเนื้อหาของคำเสนอต้อง

⁶⁰ *Ibid.*, p. 27.

⁶¹ *Ibid.*, p. 60.

⁶² *Ibid.*, p. 67.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*, p. 69.

แสดงออกไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ว่าจะกลายมาเป็นข้อผูกพันได้เมื่อมีการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการสนองรับจากผู้รับคำเสนอ (its terms expressly or impliedly indicates that it is so to become binding on the offeror as soon as it has been accepted by an act, forbearance, or return promise on the part of the person to whom it addressed)⁶⁵ และข้อพิจารณาสำคัญที่ว่าบุคคลได้แสดงเจตนาทำคำเสนอหรือไม่นั้น อยู่ที่ว่าบุคคลนั้นมีเจตนาที่จะผูกพันตามเนื้อหาหรือข้อตกลงที่ได้แสดงต่ออีกฝ่ายหรือไม่ ถ้าคำตอบคือใช่ ย่อมเข้าใจได้ว่าบุคคลนั้นได้ทำคำเสนอ และเจตนาทำคำเสนอเช่นว่าต้องถูกแสดงออกให้ปรากฏแก่ภายนอกด้วย (intention appears to other) กล่าวอีกนัยหนึ่งคือต้องมีการแสดงเจตนาออกมาอย่างเป็นรูปธรรม (the objective intention of the parties)⁶⁶ ทั้งนี้ตามหลักทั่วไปคำเสนอจะมีผลต่อเมื่อได้สื่อสารไปยังผู้รับคำเสนอและถ้าผู้ทำคำเสนอกระทำการงานให้แก่ผู้รับคำเสนอแต่ถ้าผู้รับคำเสนอมิได้ร้องขอหรือรู้เห็นด้วยจะถือเป็นคำเสนอและก่อให้เกิดความผูกพันตามสัญญาไม่ได้⁶⁷ นอกจากนี้ศาลคอมมอนลอว์ได้เคยวินิจฉัยว่าการนิ่งเฉยของคู่สัญญาในบางลักษณะอาจถือได้ว่าเป็นคำเสนอขอละทิ้งสัญญา (offer to abandon a contract from mere silence) อีกด้วย⁶⁸

กล่าวโดยสรุปแนวคำอธิบายในทางตำราและแนวคำวินิจฉัยในเรื่องการแสดงเจตนาทำคำเสนอขอลิขสัญญาโดยปริยายในระบบกฎหมายไทยนั้นทำให้เกิดความเห็นในทางกฎหมายเป็นสองแนวทาง แนวทางที่หนึ่งมีความเห็นว่าคำเสนอต้องทำโดยชัดแจ้งเท่านั้นซึ่งเป็นแนวคำอธิบายในเรื่องลักษณะคำเสนอทั่วไปที่ต้องมีความชัดเจนและแน่นอน และมีได้ลงรายละเอียดว่าคำเสนอขอลิขสัญญาต้องทำโดยชัดแจ้งเท่านั้นหรือไม่ แต่ก็เป็นที่ยอมรับว่าคำเสนอขอลิขสัญญาทุกประเภทต้องกระทำโดยชัดแจ้งเท่านั้น ซึ่งแนวทางที่หนึ่งสอดคล้องกับแนวคำอธิบายในเรื่องลักษณะของคำเสนอทั่วไปในระบบกฎหมายเยอรมัน แต่ระบบกฎหมายเยอรมันมีหลักการที่ให้รายละเอียดมากกว่าโดยถือว่าคำเสนอขอลิขสัญญาต้องทำโดยชัดแจ้งเท่านั้น เนื่องจากคำเสนอขอลิขสัญญาถือเป็นนิติกรรมที่ทำสัญญาที่ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิทางทรัพย์สินทำให้การทำคำเสนอขอลิขสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมันมีความเคร่งครัดและชัดเจนอย่างมากเพื่อให้ผู้รับคำเสนอได้พิจารณาข้อผูกพันที่อาจ

⁶⁵ Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra* note 39, p. 33.

⁶⁶ Ewan Mckendrick, *supra* note 27, p. 56.

⁶⁷ *Taylor v. Laird (1856) 25 LJ Ex 329*, Cited in Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra* note 39, p. 39.

⁶⁸ *Collin v Duke of Westminster [1985] 1 QB 581*, Cited in Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra* note 39, pp. 111, 462.

เกิดขึ้นตามสัญญาได้อย่างละเอียดถี่ถ้วนในเวลาเข้าทำสัญญา ส่วนแนวทางที่สองนั้นเห็นว่าคำเสนออาจกระทำได้โดยปริยายมีความสอดคล้องกับแนวคำอธิบายในระบบกฎหมายอังกฤษที่ว่าคำเสนออาจกระทำได้โดยปริยายเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ผู้เขียนเชื่อว่าอิทธิพลของกฎหมายคอมมอนลอว์อังกฤษมีอยู่ในระบบกฎหมายไทยไม่น้อย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นที่ทราบกันดีว่าท่านศาสตราจารย์ เสนีย์ ปราโมช สำเร็จการศึกษากฎหมายจากประเทศอังกฤษ และสอบได้เป็นเนติบัณฑิตอังกฤษในสำนักเกรอินส์ (Gray's Inns)⁶⁹ ด้วยเหตุนี้การที่ท่านให้ตัวอย่างในทำนองที่ว่าคำเสนออาจทำได้โดยปริยาย⁷⁰ น่าจะที่ได้รับอิทธิพลจากหลักกฎหมายคอมมอนลอว์อังกฤษไม่มากนักน้อย ยิ่งกว่านั้นผู้เขียนมีข้อสังเกตต่อไปว่าท่านศาสตราจารย์ เสนีย์ ปราโมช ยังเคยได้ให้ตัวอย่างในเรื่องการกระทำในบางสถานการณ์จะถือเป็นการสนองรับทำสัญญาโดยปริยายไม่ได้⁷¹ ซึ่งตัวอย่างดังกล่าวมีลักษณะคล้ายคลึงกับคำวินิจฉัยของผู้พิพากษา Pollock CB. ในคดี *Taylor v. Laird (1856)* ใจความตอนหนึ่งว่า ‘...ถ้ามีบุคคลหนึ่งขัดทำความสะอาดรองเท้าของผู้อื่นเพื่อหวังค่าตอบแทน เจ้าของรองเท้าจะทำอะไรได้นอกจากใช้สวมน้ำไปตามปกติ และการกระทำเช่นนั้นของเจ้าของรองเท้าจะถือว่าเป็นหลักฐานในการเกิดขึ้นของสัญญา และต้องจ่ายค่าตอบแทนอย่างนั้นหรือ?’ แต่ประเด็นสำคัญในคดีดังกล่าวมิใช่เรื่องคำสนองโดยปริยาย แต่เป็นคำเสนอจะมีผลได้ต่อเมื่อสื่อสารให้ผู้รับคำเสนอได้รับรู้⁷²

และเมื่ออาศัยข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในเชิงเปรียบเทียบทั้งหมดแล้วทำให้ผู้เขียนเข้าใจได้ว่าคำเสนอขอเลิกสัญญาในระบบกฎหมายไทยน่าจะกระทำโดยปริยายมิได้เช่นเดียวกับระบบกฎหมายเยอรมัน เนื่องจากระบบกฎหมายไทยได้รับอิทธิพลโดยตรงจากระบบกฎหมายเยอรมัน

⁶⁹ โปรตดู เสนีย์ ปราโมช, *ชีวลิขิต*, (กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิชย์, 2541)

⁷⁰ “...การแสดงเจตนาไม่จำเป็นต้องเป็นเรื่องที่พูดบอกกล่าวกันไปโดยชัดแจ้งเสมอไป เช่น ถ้ามีคนส่งเปียร์มา 1 โหลหรือหนังสือราคาแพง 1 เล่มมาให้เราโดยพฤติการณ์ไม่อาจที่จะเห็นได้ว่าเป็นการส่งมาให้เปล่าและอาจถือเป็นการเสนอจะขายโดยปริยายได้...”, อ้างถึงใน เสนีย์ ปราโมช, อ้างไว้ เจริญธรรมที่ 83, น. 36.

⁷¹ “...ถ้าเราเอาเกือกวางไว้หน้าประตูบ้าน อยู่ดีๆ มีคนมาขัดให้ ก็คงไม่มีทางอื่นนอกจากที่เราจะเอาไปใช้ใส่ตามปกติ จะว่ามีการสนองรับคงไม่ได้ ทั้งนี้ต้องดูเป็นเรื่องๆไป...”, อ้างถึงใน เสนีย์ ปราโมช, อ้างไว้ เจริญธรรมที่ 83, น. 36.

⁷² L. Pollock CB. said: “One cleans another’s shoes; what can the other do but put them on? Is that evidence of a contract to pay for cleaning?”, Cited in *Taylor v. Laird (1856) 25 LJ Ex 329*, see also Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra* note 39, p. 39.

ในช่วงการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อีกทั้งคำเสนอขอเลิกสัญญาเป็นการทำนิติกรรมที่มุ่งก่อให้เกิดผลเป็นการระงับสิ้นไปซึ่งสิทธิหน้าที่ในสัญญาฉบับเดิมทั้งหมด การแสดงเจตนาคำเสนอขอเลิกสัญญาดังกล่าวควรต้องมีความชัดเจนอย่างยิ่งเพื่อประโยชน์แก่ผู้รับคำเสนอจะได้ทราบและมีโอกาสพิจารณาเนื้อหาแห่งคำเสนอขอเลิกสัญญาให้ชัดเจนและถี่ถ้วนเสียก่อนตกลงสนองรับเข้าทำข้อตกลงเลิกสัญญา และเป็นการคุ้มครองความมั่นคงและแน่นอนในนิติฐานะตามสัญญาของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอีกด้วย

5.3.3 วิธีการทำคำเสนอให้เกิดเป็นการเลิกสัญญาโดยปริยาย

การทำคำเสนอตามระบบกฎหมายไทยนั้นตามหลักทั่วไปอาจกล่าวได้ว่าต้องมีการแสดงเจตนาทำคำเสนอไปยังผู้ทำคำเสนอ แต่การแสดงเจตนาทำคำเสนอจะมีผลเมื่อใดนั้นย่อมขึ้นอยู่กับว่าคำเสนอได้บอกกล่าวกลับไปยังผู้ทำคำเสนอที่เป็นบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้าหรืออยู่ห่างกันโดยระยะทางแล้วแต่กรณี ทั้งนี้มาตรา 361 วรรคหนึ่ง วางหลักต่อไปว่าสัญญาที่ทำระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างกันโดยระยะทางจะเกิดเป็นสัญญาขึ้นต่อเมื่อมีการบอกกล่าวคำเสนอไปถึงผู้ทำคำเสนอ ซึ่งถือเป็นบทบัญญัติในเรื่องการเกิดสัญญาระหว่างบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้าที่มีลักษณะโดยชัดแจ้ง⁷³ และการที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ทำคำเสนอต้องได้รับทราบคำเสนอก็เพื่อประโยชน์แก่ผู้ทำคำเสนอจะได้รู้ตัวว่ามีข้อผูกพันเกิดขึ้นแก่ตนเองหรือไม่อย่างไร และผู้ทำคำเสนอก็อาจสละประโยชน์เสียได้โดยไม่ต้องมีคำบอกกล่าวสนองมาให้แก่ตน⁷⁴ เมื่อพิจารณามาตรา 361 วรรคสอง จะเห็นได้ว่าข้อยกเว้นของหลักการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้าซึ่งกำหนดให้การแสดงเจตนาทำคำเสนออาจทำได้ด้วยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งโดยไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวหรือส่งคำเสนอกลับไปสู่ผู้ทำคำเสนอที่มีได้อยู่เฉพาะหน้า เมื่อมีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่อาจสันนิษฐานได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอ ซึ่งบทบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนดข้อสันนิษฐานไว้สองกรณีอันได้แก่ กรณีที่ผู้ทำคำเสนอได้แสดงเอาไว้ว่าไม่จำเป็นต้องบอกกล่าว (waiver) และกรณีตามปกติประเพณีว่าไม่จำเป็นต้องมีการบอกกล่าว เป็นต้น⁷⁵ และสัญญาย่อมเกิดขึ้นเมื่อมีการแสดงออกซึ่งกระตือรือร้นที่เป็นไปตามหลักการเผยเจตนา (principle of express on) โดยไม่คำนึงว่าผู้ทำคำเสนอจะได้ทราบหรือรับรู้ถึงการกระทำเช่นนั้นหรือไม่⁷⁶ ด้วยเหตุนี้การแสดงเจตนาทำคำเสนอรับเช่นนั้นจึงมิได้เกิดขึ้นอย่างชัดแจ้งแต่เป็นการสนองรับคำเสนอ

⁷³ ศนันทกรณ โสติพันธ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 4*, น. 338.

⁷⁴ จิตติ ดิงศภัทัย, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 19*, น. 49.

⁷⁵ ศนันทกรณ โสติพันธ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 4*, น. 326-327, และดู จิตติ ดิงศภัทัย, *เพ็ญอ้าง*, น. 50.

⁷⁶ จิตติ ดิงศภัทัย, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 19*, น. 51.

ด้วยการกระทำอย่างหนึ่งซึ่งอาจสันนิษฐานได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาสนองรับคำเสนอโดยปริยาย⁷⁷ ทั้งนี้คำว่า ‘ปกติประเพณี’ ย่อมหมายถึงปกติประเพณีที่เคยมีมาระหว่างคู่สัญญาด้วยกัน และรวมทั้งจารีตประเพณีที่มีอยู่ในท้องตลาดหรือปกติประเพณีทางการค้าซึ่งอาจแตกต่างกันตามประเภทของอาชีพ อีกทั้งปกติประเพณีทางการค้าย่อมอยู่ในความหมายของคำว่าปกติประเพณีอีกด้วย⁷⁸ และปกติประเพณีที่อาจนำมาสันนิษฐานให้เกิดสัญญาได้นั้นต้องเป็นประเพณีที่คู่สัญญาทั้งสองรู้จักกันอยู่และมีเป็นเวลานาน อีกทั้งต้องไม่ขัดต่อกฎหมายอีกด้วย⁷⁹ ในทางกลับกันประเพณีที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่รู้⁸⁰ หรือเป็นประเพณีที่อ้างว่าเพิ่งจะเกิดขึ้นนั้นจะนำมาบังคับไม่ได้⁸¹ นอกจากนี้ผู้ทำคำเสนออาจกำหนดวิธีการให้ผู้รับคำเสนอกระทำแทนการบอกกล่าวคำสนองได้ เช่น ให้ส่งคำสนองทางจดหมาย หรือให้จุดพลู แทนการบอกกล่าวคำสนอง เป็นต้น และเมื่อมีการกระทำตามที่กำหนดสัญญาย่อมเกิดขึ้นโดยไม่คำนึง

⁷⁷ ศนันท์กรณ โสติพันธ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 326.

⁷⁸ สิริธร นิธิเบญญากร, “ปัญหาการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551) น. 128.

⁷⁹ จิตติ ติงศภัทัย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น. 50, และโปรดดู คำพิพากษาฎีกาที่ 104/2462 วินิจฉัยว่า “ประเพณีที่ยกขึ้นวินิจฉัยได้ต้องมีมานาน สมควร และมีกำหนดแน่นอน และไม่ขัดต่อกฎหมายลักษณะอักษร ประเพณีที่ยอมให้ปิดทางน้ำไม่ให้สาธารณชนสามารถเดินเรือได้ทั้งๆ ที่มีสิทธิ ย่อมไม่เรียกว่าเป็นประเพณีที่สมควร” และคำพิพากษาฎีกาที่ 578/2474 วินิจฉัยว่า “จำเลยเช่าห้องแถวโจทก์ 2 ห้อง ๆ ละ 31 บาทมีกำหนด 3 ปี จำเลยอยู่ไปได้ 5 เดือน บอกเลิกสัญญาไม่เช่าต่อไป ศาลเดิมเห็นว่าตามประเพณีพื้นเมืองที่ทำกันอยู่ทั่ว ๆ ไป ผู้เช่าและผู้ให้เช่าจะบอกเลิกสัญญาเช่าเมื่อใดก็ได้ จำเลยจึงไม่ผิดสัญญา ศาลอุทธรณ์เห็นว่าประเพณีพื้นเมืองจะหักล้างสัญญาเช่าที่ถูกกฎหมายไม่ได้เมื่อจำเลยไม่ปฏิบัติตามสัญญาเช่าให้ครบ 3 ปี ก็ต้องใช้ค่าเสียหายแก่ผู้เช่า จึงให้จำเลยใช้ค่าเสียหาย 100 บาท ศาลฎีกาตัดสินยืน”

⁸⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 2122/2499 วินิจฉัยว่า “ประเพณีการค้าของธนาคารพาณิชย์นั้น ถ้าไม่ปรากฏว่าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้รู้ จะนำเอาประเพณีนั้นมาผูกมัดคู่กรณีฝ่ายนั้นให้นอกเหนือไปจากข้อตกลงในสัญญาไม่ได้”

⁸¹ จิตติ ติงศภัทัย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น. 50, และโปรดดู คำพิพากษาฎีกาที่ 104/2462 ประเพณีที่ยกขึ้นวินิจฉัยได้ต้องมีมานาน สมควร และมีกำหนดแน่นอน และไม่ขัดต่อกฎหมายลักษณะอักษร ประเพณีที่ยอมให้ปิดทางน้ำไม่ให้สาธารณชนสามารถเดินเรือได้ทั้ง ๆ ที่มีสิทธิ ย่อมไม่เรียกว่าเป็นประเพณีที่สมควร

ว่าผู้ทำคำเสนอจะทราบถึงการกระทำนั้นหรือไม่ก็ตาม⁸² สาเหตุที่ให้กำหนดให้บอกกล่าวเจตนาสนองรับกลับมาให้แก่ผู้ทำคำเสนอเพื่อความสะดวกของผู้ทำคำเสนอ แต่ถ้าผู้ทำคำเสนอเห็นสะดวกเป็นอย่างอื่นหรือปกติประเพณีมีความสะดวกอยู่แล้วก็ไม่จำเป็นต้องมีการส่งคำสนองรับมาให้ผู้ทำคำเสนอ⁸³ ทั้งนี้สำหรับการทำคำสนองรับให้เกิดเป็นการเลิกสัญญาโดยปริยายนั้นยังไม่ปรากฏแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยที่วินิจฉัยอย่างชัดเจนที่ว่าสัญญาประเภทใดหรือลักษณะใดที่มีปกติประเพณีว่าไม่จำเป็นต้องมีการบอกกล่าวคำสนองรับคำขอการเลิกสัญญาโดยปริยาย

และในทำนองเดียวกันคำสนองรับคำขอเลิกสัญญาในระบบกฎหมายกฎหมายเยอรมันนั้นอาจกล่าวได้โดยทั่วไปว่าต้องทำโดยอิสระและปราศจากเงื่อนไขหรือเสนอประเด็นเพิ่มเติมไปเจตนาของผู้ทำคำเสนอ อีกทั้งต้องถูกสื่อสารกลับไปถึงผู้ทำคำเสนออีกด้วย⁸⁴ ถ้าในกรณีที่แสดงเจตนาทำคำสนองต่อผู้ทำคำเสนอที่ไม่อยู่ต่อหน้า การทำคำสนองจะมีผลต่อเมื่อได้มีการส่งไปถึงผู้รับเจตนาขอบเขตแห่งความรู้ของผู้รับเจตนา (sphere of influence of addressee)⁸⁵ เว้นแต่ในกรณีที่เข้าข้อยกเว้นว่าไม่จำเป็นต้องมีการสื่อสารคำสนองกลับไปสู่ผู้ทำคำเสนอ เช่น ผู้ทำคำสนองไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวคำสนองเนื่องจากเป็นเรื่องตามปกติที่ไม่ต้องกระทำเช่นนั้น (normal circumstance) หรือผู้ทำคำเสนอได้แสดงเจตนาเอาไว้ว่าไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวคำสนอง (the offeror waived the requirement) แต่อย่างน้อยที่สุดผู้ทำคำสนองต้องมีการแสดงเจตนาให้ปรากฏด้วยพฤติกรรมหรือการกระทำใดๆ แทนการบอกกล่าวสื่อสารการสนองรับนั้น (externalise his intention through an appropriate form of conduct)⁸⁶ ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวอาจพบได้ในธุรกิจขายสินค้าผ่านทางไปรษณีย์ (mail order business) และในสถานการณ์ที่คู่สัญญาติดต่อและดำเนินธุรกิจกันอย่างต่อเนื่อง (in continuing business relationship) และการไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวคำสนอนนั้นเป็นคนละเรื่องกับการไม่มีเจตนาที่จะตอบรับคำสนอง⁸⁷ ทั้งนี้ในอดีตระบบกฎหมายเยอรมันได้มีข้อความ

⁸² จิตติ ดิงศรัทย์, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 19, น. 51.

⁸³ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), พิมพ์ครั้งที่ 4 ปรับปรุงแก้ไขโดย มุนินทร์ พงศาปาน (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561) น. 329.

⁸⁴ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 2, p. 70.

⁸⁵ *Ibid.*, pp. 69, 73-74.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 74.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 75.

คิดในเรื่องการกระทำในทางข้อเท็จจริงที่อาจถือเป็นการเข้าทำสัญญาได้ (factual contract) หรือ ‘faktischer Vertrag’ เช่น การเข้าใช้บริการที่อีกฝ่ายเสนอโดยที่มีได้ตั้งใจจะเข้าทำสัญญา แต่ในปัจจุบันก็ไม่ได้รับการยอมรับจากนักนิติศาสตร์และศาลเยอรมันอีกต่อไปด้วยเหตุที่ไม่มีกฎหมายรองรับในประมวลกฎหมายและไม่มีควมจำเป็น อีกทั้งอาจจะอันตรายเกินไป แม้ว่าในบางครั้งการกระทำของบุคคลอาจมองได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาทำคำสนองโดยปริยาย (‘implicit’ or ‘tacit’ acceptance) และก็มีบทบัญญัติกฎหมายอื่นที่นำมาใช้ได้อยู่แล้วทำให้ในปัจจุบันหลัก ‘factual contract’ มีอยู่ในฐานะส่วนหนึ่งของพัฒนาการประวัติศาสตร์กฎหมายเยอรมันเท่านั้น⁸⁸ นอกจากนี้ระบบกฎหมายเยอรมันถือว่าการนิ่ง (silence) ไม่อาจเป็นคำสนองได้เนื่องจากผู้ทำคำเสนอไม่อาจกำหนดให้ผู้รับคำเสนอกระทำหรือไม่กระทำการใดในกระบวนการจัดทำสัญญาได้ ยิ่งกว่านั้นการนิ่งเฉย (inactivity) ย่อมมีค่าเท่ากับการแสดงเจตนาของผู้ทำคำสนองในลักษณะปฏิเสธหรือบอกปิดไม่รับคำเสนออีกด้วย (an intention not to accept)⁸⁹ ทั้งนี้ก็มีข้อยกเว้นบางประการที่อยู่ทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันหรือประมวลกฎหมายพาณิชย์ และเกิดจากแนวคำวินิจฉัยของศาลเยอรมัน (the case law) ที่การนิ่งอาจถือเป็นการคำสนองได้ เช่น การต่อสัญญาเช่าที่ครบกำหนดเวลาสิ้นสุดลง และการต่อสัญญาจ้างแรงงานเมื่อครบกำหนดเวลาสิ้นสุด ที่อาจถือว่าการนิ่งของคู่สัญญาอาจเป็นการต่อสัญญาไปโดยปริยายได้ (the tacit renewal of contract) เป็นต้น อีกทั้งมีกรณีจดหมายยืนยัน (confirmation letter) ที่คู่กรณีมีการเจรจากันด้วยวาจาในเนื้อหาของสัญญาในเบื้องต้นแล้ว และต่อมาจึงส่งจดหมายฉบับหนึ่งเพื่อสรุปเนื้อหาและขอบเขตของสัญญาที่ได้พูดคุยกันดังกล่าวซึ่งอาจมีการเพิ่มเติมข้อตกลงที่อีกฝ่ายไม่รู้หรือมิได้ตกลงในตอนการพูดคุยด้วย และเมื่อฝ่ายที่รับจดหมายได้พบเห็นข้อตกลงที่เพิ่มเติมเช่นว่าย่อมมีหน้าที่โต้แย้งต่ออีกฝ่ายหนึ่ง แต่ในทางกลับกันถ้าฝ่ายที่ได้รับจดหมายไม่ได้โต้แย้งคัดค้าน การนิ่งเช่นว่านี้ของผู้รับจดหมายถือได้ว่าเป็นคำสนองรับต่อข้อตกลงที่เพิ่มขึ้นดังกล่าว (his silence will be taken as an acceptance of these terms)⁹⁰ นอกจากนี้มีข้อพิจารณาในตำรากฎหมายเยอรมันเกี่ยวกับเรื่องการเข้าถึงสาธารณูปโภคต่างๆ ที่รัฐมีหน้าที่จัดหาให้แก่ประชาชนอันได้แก่ ไฟฟ้า เชื้อเพลิง หรือการขนส่งมวลชน เป็นต้น ซึ่งมีพื้นฐานที่จะมุ่งก่อตั้งสิทธิ (entitle) ให้แก่ผู้ขอใช้บริการในการเข้าถึงสาธารณูปโภคพื้นฐานหรือเข้าถึงสินค้าอุปโภคและบริโภคได้โดยปราศจากเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใดๆ จากผู้ให้บริการ ด้วยเหตุนี้การจัดหาสาธารณูปโภคดังกล่าวจึงเป็นหน้าที่อันหลีกเลี่ยงมิได้ของผู้รับสัมปทานซึ่งถือเป็นข้อจำกัดของหลัก

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*, p. 76.

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 76-77.

เสรีภาพในการเลือกทำสัญญาของผู้รับสัมปทาน และผู้รับสัมปทานมีหน้าที่ต้องสนองรับโดยไม่มีเงื่อนไขเพิ่มเติมใดๆ ต่อผู้ขอใช้บริการตามหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทานเท่านั้น⁹¹ ซึ่งข้อพิพาทดังกล่าวสอดคล้องกับข้อเท็จจริงในคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยที่ 1013/2509 (ญ.) ซึ่งวินิจฉัยว่าผู้รับสัมปทานไฟฟ้ามีการทำคำเสนอโดยปริยายต่อบุคคลทั่วไปดังรายละเอียดที่ได้พิจารณาไปข้างต้น และด้วยเหตุนี้กล่าวโดยสรุปคำสนองโดยปริยายที่ตอบรับคำเสนอขอลิขสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นอย่างน้อยที่สุดเข้าใจต้องมีการกระทำที่ทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการทำคำสนอง

ส่วนในระบบกฎหมายอังกฤษนั้น คำสนอง (acceptance) คือการแสดงเจตนาไม่ว่าด้วยวาจาหรือการกระทำการ เพื่อตอบรับตามเนื้อหาที่คำเสนอได้แสดงไว้ อีกทั้งการสนองรับคำเสนอต้องมีลักษณะเด็ดขาด (absolute) และเจตนาทำคำสนองต้องถูกแสดงออกโดยปราศจากความลังเลสงสัยในความหมายของการแสดงเจตนาทำคำสนองนั้น (the intention of the offeree to accept must be expressed without room for doubt as to fact of acceptance, or to the coincidence of the term of acceptance with those of offer) อีกทั้งต้องถูกต้องตรงกับเนื้อหาแห่งคำเสนอเปรียบเสมือนดั่งกระจกเงา (mirror image rule) ซึ่งถือเป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะทำให้เกิดเป็นสัญญาขึ้นได้⁹² กล่าวอีกนัยหนึ่งคือแม้คำสนองจะแสดงออกได้ด้วยการกระทำแต่ก็ต้องมีลักษณะที่ชัดเจนอย่างเป็นรูปธรรมให้เข้าใจได้ว่าเป็นการสนองรับต่อคำเสนอ (conduct will only amount to an acceptance if it is clear that the offeree did the act in question with the intention, objectively assessed, of accepting the offer)⁹³ และนอกจากนี้คำสนองต้องถูกสื่อสารกลับไปยังผู้ทำคำเสนอ กล่าวคือต้องมีการบอกกล่าวคำสนอง (notify) ให้ผู้ทำคำเสนอได้ทราบด้วย⁹⁴ และด้วยเหตุนี้ถ้ามีการสื่อสารทำคำเสนอผ่านทางโทรศัพท์เกิดความขัดข้องในการสื่อสารทำให้ผู้ทำคำเสนอไม่ได้ยินหรือไม่ได้รับทราบคำสนองนั้นสัญญาย่อมไม่เกิดขึ้นเลย และถือว่าการสื่อสารเจตนาที่คู่กรณีสามารถสื่อสารกันได้ทันทีทันใดนั้น (instantaneous communication) ถือเป็นข้อยกเว้น

⁹¹ *Ibid.*, p. 71.

⁹² Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra* note 39, p. 40.

⁹³ *Day Morris Associates v Voyce* [2003] EWCA Civ 189; [2003] All ER (D) 368 (Feb), Cited in Ewan Mckendrick, *supra* note 13, p. 34.

⁹⁴ *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co* [1893] 1 QB 256, 262, Cited in Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra* note 39, p. 44.

ของหลักทั่วไปในเรื่องการทำคำเสนอโดยทางไปรษณีย์ (postal rule)⁹⁵ ทั้งนี้มีข้อยกเว้นของการสื่อสารคำเสนอไปสู่ผู้ทำคำเสนอยอมได้แก่ กรณีที่ผู้ทำคำเสนอแสดงเจตนาชัดเจนว่าไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวแก่ผู้ทำคำเสนอ เช่น คำโฆษณาขายสินค้าของจำเลยในคดีหนึ่งมีข้อความถ้าลูกค้าซื้อใช้แล้วไม่หายป่วยให้ติดต่อบริษัท 100 ปอนด์จากจำเลยได้เลย⁹⁶ เป็นต้น และการนิ่งตามหลักทั่วไปยอมไม่อาจถือได้ว่าเป็นการทำคำเสนอ เนื่องจากผู้ทำคำเสนอจะกำหนดให้ผู้รับคำเสนอต้องกระทำการอย่างใดๆ เพื่อปฏิเสธไม่รับคำเสนอของตนมิได้ การนิ่งจึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำการ ยิ่งกว่านั้นการนิ่งยอมถือเสมือนได้ว่าเป็นการแสดงออกซึ่งการไม่ยอมรับหรือปฏิเสธคำเสนอ⁹⁷ ส่วนการทำคำเสนอรับโดยทางไปรษณีย์มีผลต่อเมื่อผู้ทำคำเสนอได้ส่งคำเสนอรับเข้าสู่ระบบไปรษณีย์ และอยู่ภายใต้หลักการเฉพาะที่เรียกว่าหลัก ‘postal rule’⁹⁸ ทั้งนี้ก็มีข้อจำกัดการนำมาปรับใช้เฉพาะกรณีที่คู่กรณีตกลงที่จะใช้การส่งไปรษณีย์เป็นช่องทางการสื่อสารคำเสนอและสนองเท่านั้น อีกทั้งคู่กรณีแห่งสัญญาอาจตกลงกันโดยชัดแจ้งหรือปริยายว่าจะไม่นำหลัก ‘postal rule’ มาใช้ได้อีกด้วย⁹⁹ ด้วยเหตุที่ว่าแม้การทำคำเสนอในระบบกฎหมายอังกฤษอาจแสดงออกได้ด้วยการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง (conduct) ที่ทำให้อีกฝ่ายเข้าใจได้ว่าเป็นการทำคำเสนอ แต่เนื่องจากอยู่การทำคำเสนอในระบบกฎหมายอังกฤษอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ว่าในการทำคำเสนอต้องมีลักษณะเด็ดขาดแน่นอนและปราศจากความลังเลสงสัยในความหมายของการแสดงเจตนาทำคำเสนอซึ่งเป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะทำให้เกิดเป็นสัญญาขึ้นได้ และทั้งคำเสนอต้องแสดงออกให้เข้าใจได้อย่างเป็นรูปธรรมว่าต้องการทำคำเสนอเช่นนั้น ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเข้าใจว่าการทำคำเสนอในระบบกฎหมายอังกฤษแม้จะกระทำโดยอากัปกริยาหรือการกระทำได้ก็ตามแต่คำเสนอก็จะทำโดยปริยายมิได้

กล่าวโดยสรุปคือในระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมันไม่มีข้อจำกัดว่าการทำคำเสนอต้องทำโดยชัดแจ้งเท่านั้นหรืออาจกระทำได้โดยปริยาย แต่ก็อาจกล่าวเป็นโดยทั่วไปได้ว่าผู้ทำคำเสนอต้องมีการบอกกล่าวสื่อสารคำเสนอกลับไปให้ผู้ทำคำเสนอได้ทราบถึง เว้นแต่ในกรณีที่ไม

⁹⁵ *Entores Ltd v. Miles Far East Corporation* [1955] 2 QB 327, 332, Cited in Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra* note 39, p. 44.

⁹⁶ *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co* [1893] 1 QB 256, cited in Ewan Mckendrick, *supra* note 27, pp. 65, 101.

⁹⁷ Ewan Mckendrick, *supra* note 27, p. 106.

⁹⁸ *Adam v. Lindsell* (1800) 1 B & Ald 681, Cited in Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra* note 39, p. 46.

⁹⁹ Ewan Mckendrick, *supra* note 27, p. 112.

จำเป็นต้องบอกกล่าวคำสนองกลับไปสู่ผู้ทำคำเสนอ เช่น ผู้ทำคำเสนอได้แสดงเจตนาสละประโยชน์ของตนไว้ว่าไม่จำเป็นต้องมีการบอกกล่าวคำสนองและในกรณีที่มีปกติประเพณีว่าไม่จำเป็นต้องมีการบอกกล่าวคำสนองเช่นนั้น ด้วยเหตุนี้ทำให้ผู้เขียนเข้าใจว่าคำสนองรับคำเสนอขอเลิกสัญญาในระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมันนั้นอาจกระทำได้โดยปริยายในความหมายที่ว่าไม่ต้องบอกกล่าวหรือสื่อสารคำสนองไปยังผู้ทำคำเสนอได้ แต่ในทางกลับกันตามระบบกฎหมายอังกฤษนั้นแม้ว่าคำสนองจะสามารถแสดงออกได้ด้วยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง (conduct) ที่ทำให้อีกฝ่ายเข้าใจได้ว่าเป็นการทำคำสนอง แต่เนื่องจากอยู่การทำคำสนองในระบบกฎหมายอังกฤษอยู่ภายใต้หลักที่ว่าการทำคำสนองต้องมีลักษณะเด็ดขาดแน่นอนและปราศจากความลังเลสงสัยในความหมายของการแสดงเจตนาทำคำสนองซึ่งถือเป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะทำให้เกิดเป็นสัญญาขึ้นได้ และทั้งคำสนองต้องแสดงออกเพื่อให้ผู้รับคำเสนอเข้าใจได้อย่างเป็นรูปธรรมว่าต้องการทำคำสนอง ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเข้าใจว่าการทำคำสนองในระบบกฎหมายอังกฤษแม้ว่าจะแสดงออกได้โดยอาภักิริยาหรือการกระทำก็ตาม แต่คำสนองที่แสดงออกนั้นก็ต้องมีความชัดเจนแน่นอนจนทำให้ผู้รับคำสนองปราศจากข้อสงสัยในความประสงค์จะสนองรับคำขอเลิกสัญญาของผู้ทำคำสนอง แต่ทั้งนี้คำสนองที่กระทำผ่านทางไปรษณีย์มีผลเป็นการทำคำสนองและเกิดผลเป็นการเลิกสัญญาโดยปริยายขึ้นได้ในทันทีเมื่อมีการส่งจดหมายที่มีเนื้อหาแห่งคำสนองที่ชัดเจนเข้าสู่ระบบไปรษณีย์ตามหลัก ‘postal rule’ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าคำสนองในระบบกฎหมายอังกฤษอาจกระทำได้โดยปริยายในความหมายที่ว่าไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวหรือสื่อสารคำสนองไปยังผู้ทำคำเสนอเฉพาะในกรณีที่มีการบอกกล่าวคำสนองโดยทางไปรษณีย์

5.3.4 ข้อสาระสำคัญของข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยาย

จากข้อพิจารณาในเรื่องคำเสนอขอเลิกสัญญาที่ต้องมีความชัดเจนแน่นอนและครบถ้วนไปด้วยข้อสาระสำคัญที่จะทำให้สัญญาเลิกกันได้ ด้วยเหตุนี้ทำให้มีประเด็นปัญหาในเรื่องของข้อสาระสำคัญของข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายเกิดขึ้น เนื่องด้วยในระหว่างการจัดทำข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยานั้น คู่กรณีแห่งข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายมักมิได้มีการกำหนดรายละเอียดในผลของการเลิกสัญญาโดยปริยายเอาไว้อย่างชัดเจน ด้วยเหตุนี้การจัดทำข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายต้องมีการตกลงกันในรายละเอียดอย่างน้อยเพียงใดจึงจะทำให้ข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายเกิดขึ้นสมบูรณ์และมีผลบังคับในทางกฎหมายได้ กล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้นคือคู่กรณีแห่งข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายต้องมีการตกลงในรายละเอียดเรื่องผลของการเลิกสัญญาไปจนถึงเรื่องการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณีหรือในเรื่องที่สัญญาสิ้นสุดลงไปในอนาคตด้วยหรือไม่ หรือแค่ตกลงในเรื่องที่ให้ระงับสัญญาฉบับเดิมไปอย่างเด็ดขาดก็เพียงพอแล้วที่จะข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายจะเกิดขึ้นและมีผลสมบูรณ์เป็นการเลิกสัญญาตามกฎหมาย

โดยระบบกฎหมายไทยนั้นได้มีท่านศาสตราจารย์จิต เศรษฐบุตร อธิบายว่าสัญญาที่มีมูลค่ามากซึ่งผู้เสนอและผู้สนองมีความระมัดระวังในการจัดทำข้อตกลงซึ่งต้องมีการตกลงในรายละเอียดจนเป็นที่เข้าใจทั้งสองฝ่ายแล้วจึงจะถือว่าคำเสนอและสนองถูกต้องตรงกันถือว่าเป็นสัญญาที่ต้องมีการเจรจาอภิปราย¹⁰⁰ ส่วนสัญญาที่ไม่มีการเจรจาอภิปราย เช่น สัญญาที่คู่กรณีอีกฝ่ายขอเข้าร่วมเป็นภาคี และสัญญาที่ทำตามปกติธรรมดา¹⁰¹ โดยสัญญาที่ทำตามปกติธรรมดาเป็นสัญญาที่ทำกันในชีวิตประจำวันตามปกติและมักไม่มีมูลค่ามากทำให้สัญญาเกิดขึ้นได้แม้ว่าคำเสนอและคำสนองจะไม่ถูกต้องตรงกันทุกข้อ¹⁰² แต่อย่างน้อยที่สุดก็ต้องตกลงให้เรียบร้อยในข้อสาระสำคัญแห่งสัญญาตามนัยแห่งมาตรา 366¹⁰³ วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิเช่นนั้นสัญญาก็ยังไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย¹⁰⁴ อย่างไรก็ตามในบางข้อความเป็นรายละเอียดที่ไม่สำคัญคู่สัญญาจึงมิได้ตกลงกันในเรื่องดังกล่าวหรือยิ่งกว่านั้นอาจคาดไม่ถึงด้วยซ้ำว่ามีเรื่องดังกล่าวด้วย และด้วยเหตุนี้ทำให้คำเสนอและคำสนองในข้อที่ไม่สำคัญข้อนี้จึงไม่จำเป็นต้องตกลงก็ได้¹⁰⁵ และเมื่อคู่สัญญาตกลงกันในข้อสาระสำคัญของสัญญาแล้วสัญญาย่อมเกิดขึ้นตามข้อสันนิษฐานในมาตรา 367¹⁰⁶ กล่าวคือสัญญาย่อม

¹⁰⁰ จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14, น. 219-220.

¹⁰¹ เพิ่งอ้าง, น. 220.

¹⁰² เพิ่งอ้าง, น. 221.

¹⁰³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 บัญญัติว่า “ข้อความใด ๆ แห่งสัญญาอันคู่สัญญาแม้เพียงฝ่ายเดียวได้แสดงไว้ว่าเป็นสาระสำคัญอันจะต้องตกลงกันหมดทุกข้อนั้น หากคู่สัญญายังไม่ตกลงกันได้หมดทุกข้ออยู่ตราบใด เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกัน การที่ได้ทำความเข้าใจกันไว้เฉพาะบางสิ่งบางอย่าง ถึงแม้ว่าจะได้ตกลงไว้ก็หาเป็นการผูกพันไม่ ถ้าได้ตกลงกันว่าสัญญาอันมุ่งจะทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือไซ้ เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ”

¹⁰⁴ จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14, น. 221.

¹⁰⁵ เพิ่งอ้าง, น. 222.

¹⁰⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 367 บัญญัติว่า “สัญญาใดคู่สัญญาได้ถือว่าเป็นอันได้ทำกันขึ้นแล้ว แต่แท้จริงยังมีได้ตกลงกันในข้อหนึ่งข้อใดอันจะต้องทำความตกลงให้สำเร็จ ถ้าจะพึงอนุมานได้ว่า ถึงหากจะไม่ทำความตกลงกันในข้อนี้ได้ สัญญานั้นก็จะได้ทำขึ้นไซ้ ท่านว่าข้อความส่วนที่ได้ตกลงกันแล้วก็ย่อมเป็นอันสมบูรณ์”

เกิดขึ้นและมีผลสมบูรณ์แม้จะไม่มีข้อตกลงในข้อความข้อใดข้อหนึ่งเนื่องจากคู่สัญญาถือเป็นข้อที่มีใช้สาระสำคัญที่จะต้องตกลง¹⁰⁷

ด้วยเหตุนี้ถ้าข้อตกลงเลิกสัญญาที่จัดทำขึ้นนั้นมุ่งระงับสิ้นไปซึ่งสัญญาที่มีมูลค่าสูง ผู้เขียนเข้าใจว่าข้อตกลงเลิกสัญญาดังกล่าวน่าจะถือว่าเป็นสัญญาที่ต้องมีการเจรจาอภิปรายให้เป็นที่เข้าใจดีทั้งสองฝ่ายแล้วจึงจะถือว่าคำเสนอและสนองถูกต้องตรงกันและทำให้ข้อตกลงเลิกสัญญาที่มีมูลค่ามากนั้นจึงจะเกิดขึ้นได้ และทำให้เข้าใจได้ว่าตามระบบกฎหมายไทยนั้นการทำข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายในการเลิกสัญญาที่มีมูลค่าสูงจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย แต่ในทางกลับกันถ้าสัญญาที่จะต้องถูกเลิกนั้นเป็นสัญญาที่ทำตามปกติในชีวิตประจำวันและไม่มีมูลค่าสูงนั้น เมื่อพิจารณาตามแนวคำอธิบายในทางดํารและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยแสดงให้เห็นว่าข้อสาระสำคัญของการเลิกสัญญามีได้อยู่ที่ผลในทางสารบัญญัติของการเลิกสัญญาว่าจะให้สัญญาระงับสิ้นไปในลักษณะย้อนหลังหรือมีผลสิ้นสุดไปในอนาคตแต่อย่างใด แต่อยู่ที่คู่กรณีเข้าทำข้อตกลงโดยสมัครใจที่จะระงับสัญญาฉบับเดิมไปอย่างเด็ดขาดเท่านั้นก็เพียงพอแล้วที่จะทำให้การเลิกสัญญาโดยปริยายเกิดขึ้น ด้วยเหตุที่ว่าหากคู่สัญญาไม่ได้ตกลงในรายละเอียดเรื่องผลของข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายก็มักจะมีการนำผลแห่งการกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 391 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เข้าปรับใช้แก่กรณีเสมอ และผลของการเลิกสัญญาที่จะให้สัญญาระงับสิ้นไปในลักษณะย้อนหลังหรือมีผลสิ้นสุดไปในอนาคตนั้นถือเป็นข้อที่มีใช้สาระสำคัญที่จะต้องตกลงก็ได้

อนึ่งในระบบกฎหมายเยอรมันมีข้อสังเกตว่าอาจมีบางกรณีที่การเจตนาทำคำเสนอและคำสนองอาจมิได้ถูกต้องตรงกันแต่คู่กรณีทั้งสองเข้าใจผิดไปว่าสัญญาได้เกิดขึ้นมีผลสมบูรณ์แล้วที่เรียกว่า ‘Dissens’ ซึ่งอาจมีผลทำให้สัญญาไม่เกิดขึ้นเลย (non-existent) แต่คู่กรณีทั้งสองมีความเชื่ออย่างผิดพลาดว่าสัญญาได้ถูกทำขึ้นแล้ว ทั้งนี้ในความเป็นจริงแล้วยังมีข้อแตกต่างในเรื่องสาระสำคัญ (essential term) ซึ่งถ้าเกิดขึ้นแล้วมักมีผลทำให้สัญญาไม่สมบูรณ์ (fail)¹⁰⁸ ถ้ามีข้อที่ยังมิได้ตกลงที่เป็นข้อสาระสำคัญ (essential terms) และข้อนั้นเห็นได้อย่างประจักษ์ว่ามีได้มีการตกลงให้เรียบร้อยย่อมมีผลทำให้สัญญาไม่เกิดขึ้นเลย (no contract) แต่ในทางกลับกันหากข้อแตกต่างนั้นเป็นข้อที่ไม่ใช่สาระสำคัญ (subsidiary terms) ย่อมไม่ควรถึงขนาดทำให้สัญญาไม่เกิดขึ้นเลย ซึ่ง

¹⁰⁷ จิต เศรษฐบุตร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 14*, น. 222, และดู ศันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 341.

¹⁰⁸ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra note 2*, p. 72.

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 154 วรรคหนึ่ง¹⁰⁹ วางหลักไว้ว่าถ้ามีข้อสัญญาข้อหนึ่งมิได้ตกลงกันและเมื่อพิจารณาจากเจตนาของคู่กรณีแม้เพียงฝ่ายเดียวก็เข้าใจได้ว่าข้อนั้นมีความสำคัญที่ต้องเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา (part of contract) หากข้อนั้นยังมิได้ตกลงให้สำเร็จสัญญาย่อมไม่เกิดขึ้น แม้ว่าข้อที่มิได้ตกลงกันนั้นจะไม่ใช่อสาระสำคัญหรือไม่เกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของสัญญาเลยก็ตาม แต่ทั้งนี้ในระบบกฎหมายเยอรมันในปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะจำกัดการใช้บังคับบทบัญญัติดังกล่าวและมุ่งให้ความสำคัญกับเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมากกว่า โดยพิจารณาได้จากสภาพสัญญาที่จัดทำหรือเทียบเคียงจากลักษณะของการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงของสัญญานั้นๆ กล่าวคือถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้มีการชำระหนี้ตามสัญญา เช่น ผู้ขายส่งสินค้าตามสัญญาแล้ว เป็นต้น ย่อมมีความเป็นไปได้อย่างมากที่สัญญาจะเกิดขึ้นและมีผลสมบูรณ์เนื่องจากคู่สัญญามีเจตนาที่แท้จริงให้เป็นเช่นนั้น และศาลเยอรมันมีแนวโน้มที่จะถือเอาการปฏิบัติการชำระหนี้ (performance) ของคู่กรณีเป็นเครื่องบ่งชี้ว่าได้มีสัญญาเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญา¹¹⁰ และด้วยเหตุนี้เองถ้าสัญญาที่มิได้ตกลงข้อสาระสำคัญเนื่องจากคู่สัญญามีได้คาดเห็นในข้อนั้น สัญญาอาจเกิดขึ้นและมีผลสมบูรณ์ได้ตามข้อสันนิษฐานตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 155¹¹¹ ที่ว่าถ้าคู่สัญญามีได้ตกลงกันในข้อหนึ่งข้อใดและเมื่อพิจารณาถึงข้อที่มิได้ตกลงกันไปแล้วก็เพียงพอจะให้สัญญาเกิดขึ้นและมีผลสมบูรณ์ได้แม้จะไม่มีการตกลงกันในข้อนั้นๆ ซึ่งแสดงให้เห็นโดยนัยแห่งเจตนาของคู่กรณีว่าข้อที่มิได้ตกลงกันนั้นถือเป็นข้อที่มิใช่อสาระสำคัญ และด้วยเหตุนี้ทำให้ข้อวินิจฉัยสำคัญของการเกิดหรือไม่เกิดขึ้นของสัญญาย่อมตั้งอยู่บนข้อสันนิษฐานเจตนาของคู่กรณีแห่งสัญญา (presumed intention)¹¹² อาศัยข้อเท็จจริง

¹⁰⁹ BGB Section 154 Overt lack of agreement; lack of notarial recording

(1) As long as the parties have not yet agreed on all points of a contract on which an agreement was required to be reached according to the declaration even of only one party, the contract is, in case of doubt, not entered into. An agreement on individual points is not legally binding even if they have been recorded.

¹¹⁰ B. Markesinis, H. Unberath and A. Johnston, *supra* note 2, p. 72.

¹¹¹ BGB Section 155 Hidden lack of agreement

If the parties to a contract which they consider to have been entered into have, in fact, not agreed on a point on which an agreement was required to be reached, whatever is agreed is applicable if it is to be assumed that the contract would have been entered into even without a provision concerning this point.

¹¹² B. Markesinis, H. Unberath and A. Johnston, *supra* note 2, pp. 72-73.

และข้อกฎหมายทั้งหมดทำให้ผู้เขียนมีข้อสันนิษฐานว่าในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นถ้าคู่กรณีแห่งสัญญาไม่เจตนาที่แท้จริงร่วมกันในความต้องการจะระงับสัญญาไปอย่างเด็ดขาดจริงจัง และแม้ว่าจะมิได้ตกลงกันให้ชัดเจนในเรื่องผลในทางกฎหมายของการเลิกสัญญาไม่ว่าจะให้สัญญาสิ้นสุดไปในอนาคตก็ดีหรือให้สัญญาระงับสิ้นไปในลักษณะย้อนหลังและเกิดการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณีก็ดี แต่ถ้าคู่กรณีเชื่ออย่างสนิทใจว่าสัญญาได้เลิกกันแล้วและมีการปฏิบัติต่อกันเพื่อให้อีกฝ่ายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมหรือคืนทรัพย์สินประโยชน์ตอบแทนที่ได้รับจากสัญญาก็น่าจะเชื่อได้ว่าข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายน่าจะเกิดขึ้นได้บนฐานแห่งเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณีทั้งสอง อย่างไรก็ตามในเรื่องข้อสาระสำคัญ (essential term) ของข้อตกลงเลิกสัญญา (termination agreement) ในระบบกฎหมายเยอรมันอาจจะต้องรอให้มีคำอธิบายในทางตำราหรือแนวคำวินิจฉัยที่ชัดเจนของศาลเยอรมันต่อไป

ทั้งนี้ในระบบกฎหมายอังกฤษนั้น แม้ว่ากระบวนการเกิดสัญญาโดยทั่วไปย่อมเกิดขึ้นจากการแลกเปลี่ยนคำเสนอและคำสนองก็ตาม แต่ในบางครั้งการจัดทำสัญญาขึ้นอาจไม่ได้เริ่มต้นจากคำเสนอและคำสนองเสมอไป เนื่องด้วยบ่อยครั้งที่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาก็มักไม่เป็นไปตามหลักการทำคำเสนอและสนองได้อย่างแนบเนียน กล่าวคือให้พิจารณาจากพฤติการณ์ของคู่กรณีแห่งสัญญาเป็นสำคัญมากกว่าไปการพิจารณากระบวนการจัดทำคำเสนอและสนองอย่างเคร่งครัดด้วยเหตุนี้ในระบบกฎหมายอังกฤษจึงเห็นว่าหลักการที่คำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันถือเป็นหนึ่งในกระบวนการเกิดขึ้นสัญญามากกว่าที่จะเป็นหนทางเดียวที่ทำให้สัญญาจะเกิดขึ้นเท่านั้น¹¹³ ยิ่งกว่านั้นศาลคอมมอนลอว์ได้เคยมีความเห็นว่าการที่คู่สัญญาชำระหนี้ล่าช้าอย่างมาก (a long period of delay) หรือการไม่ดำเนินการใดๆ (inactivity) เป็นเวลานานว่าอาจถือได้ว่าเป็นกรณีที่คู่สัญญาตกลงที่จะละทิ้งสัญญา (the parties have agreed to abandon their contract) หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีการกระทำที่ทำให้อีกฝ่ายเชื่อว่าโดยชอบด้วยเหตุผลว่าคู่สัญญาตกลงที่จะละทิ้งสัญญา¹¹⁴

กล่าวโดยสรุปคือข้อสาระสำคัญของข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายของระบบกฎหมายไทยย่อมได้แก่การที่คู่กรณีได้มีเจตนาร่วมกันที่จะระงับหรือเลิกสัญญาฉบับเดิมไปอย่างเด็ดขาดก็เพียงพอแล้วที่จะทำให้ข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายเกิดขึ้นได้ โดยไม่จำเป็นต้องตกลงในรายละเอียด

¹¹³ Ewan Mckendrick, *supra* note 27, pp. 48-51.

¹¹⁴ *Paal Wilson & Co A/S v. Partenreederei Hannah Blumenthal*, *The Hannah Blumenthal* [1983] 1 AC 854, 865, 885, 914, 916, 924, Cited in Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra* note 39, p. 462.

เรื่องผลในทางกฎหมายของการเลิกสัญญาไม่ว่าจะทำให้เกิดผลย้อนหลังหรือสิ้นสุดไปในอนาคตก็ตาม เว้นแต่ในการเลิกสัญญาที่มีมูลค่าสูงซึ่งต้องมีการเจรจาอภิปรายในรายละเอียดของผลแห่งการเลิกสัญญาให้เรียบร้อยมิเช่นนั้นจะถือว่าคำเสนอและคำสนองไม่ถูกต้องตรงกันและทำให้ข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายไม่อาจเกิดขึ้นได้

ส่วนระบบกฎหมายเยอรมันมีความคล้ายคลึงกับระบบกฎหมายไทยเนื่องด้วยแม้ว่าในเบื้องต้นการจัดทำคำเสนอขอเลิกสัญญาจะต้องมีความชัดเจนแน่นอนและโดยกระทำด้วยความเคร่งครัดอย่างยิ่งเนื่องจากเป็นนิติกรรมที่มุ่งก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิทางทรัพย์สินในทันทีทันใด แต่เมื่อพิจารณาในเรื่องข้อสันนิษฐานการเกิดขึ้นของสัญญากลับมีแนวโน้มที่จะมุ่งบังคับตามเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณีแห่งสัญญามากกว่า และมีแนวโน้มที่จะถือเอาการชำระหนี้ตามลักษณะหรือสภาพของสัญญาเป็นเครื่องบ่งชี้ว่ามีสัญญาเกิดขึ้นอีกด้วย ด้วยเหตุนี้ทำให้ผู้เขียนเข้าใจว่าไม่ว่าในระบบกฎหมายไทยหรือระบบกฎหมายเยอรมัน ถ้าข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายที่มีได้มีการตกลงในรายละเอียดจะทำให้การเลิกสัญญามีผลย้อนหลังหรือสิ้นสุดลงไปในอนาคตก็ตาม แต่ถ้าคู่สัญญามีเจตนาที่แท้จริงที่มุ่งจะระงับหรือเลิกสัญญาฉบับเดิมไปอย่างเด็ดขาด ยิ่งกว่านั้นถ้ามีการคืนทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ได้รับจากการเข้าทำสัญญาหรือปฏิบัติต่อกันในลักษณะที่มุ่งทำให้อีกฝ่ายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม ย่อมน่าจะเพียงพอที่จะถือว่าการเลิกสัญญาโดยปริยายได้เกิดขึ้นสมบูรณ์ตามกฎหมายแล้ว

5.3.5 ผลของข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยาย

เมื่อพิจารณาตามระบบกฎหมายไทย ข้อตกลงเลิกสัญญาที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือปริยายย่อมถือเป็นสัญญาฉบับใหม่ที่มุ่งผลให้เกิดการระงับสิ้นไปของสัญญาฉบับเดิม ส่วนจะระงับสิ้นไปเมื่อใดหรือผลของการเลิกสัญญาจะเป็นอย่างไรควรเป็นไปตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกันในข้อตกลงเลิกสัญญานั้นๆ¹¹⁵ และบทบัญญัติมาตรา 391 ในเรื่องผลการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณีนั้นมีใช้บทกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน คู่สัญญาจึงสามารถตกลงผลของการเลิกสัญญาให้แตกต่างไปจากที่บัญญัติไว้ได้¹¹⁶ และถ้าคู่สัญญาได้กำหนดรายละเอียดในผลของข้อตกลงเลิกสัญญาไว้ เข้าใจว่าน่าจะต้องนำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณีตามมาตรา 391 อันเป็นผลแห่งเลิกสัญญาโดยการใช้สิทธิเลิกสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวตามที่กฎหมายกำหนดมาปรับใช้แก่ข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยาย กล่าวคือถ้าคู่สัญญาฝ่ายใดได้รับประโยชน์อย่างใดๆ ไปจากสัญญาฉบับเดิม เมื่อสัญญาเดิมไม่มีอยู่อีกต่อไป ฝ่ายใดจึงต้องคืนสิ่งที่ได้รับต่อกันไปหรือคืนเงินเป็นค่าใช้สอยทรัพย์สิน สำหรับการคืนเงินที่ได้รับกันไว้จะต้องคืนพร้อมดอกเบี้ย ส่วนของค่าเสียหายนั้นหาก

¹¹⁵ ศนันทกรณ์ โสติพิพันธุ์, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 4, น. 488-489.

¹¹⁶ โปรตดู เชิงอรรถที่ 24 ใน *เพ็งอ้าง*, น. 489.

คู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันไว้แสดงว่ามีได้เกิดความเสียหายขึ้น ค่าเสียหายจึงไม่ควรเรียกร้องจากกันได้
อีก¹¹⁷ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 560/2553 วินิจฉัยว่าให้นำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมเข้าปรับใช้แก่
กรณีคู่สัญญาสมัครใจเลิกสัญญาซื้อขายโดยปริยาย¹¹⁸ และนอกจากนี้หากจำต้องคืนมัดจำหรือเบี้ย
ปรับที่ได้ส่งมอบให้แก่กัน เมื่อสัญญาเลิกกันโดยความตกลงยอมแสดงว่าไม่มีฝ่ายใดผิดสัญญา คู่สัญญา
ฝ่ายที่รับมัดจำหรือเบี้ยปรับเอาไว้จึงต้องคืนเงินมัดจำหรือเบี้ยปรับพร้อมดอกเบี้ย¹¹⁹

ในการทำงานตามระบบกฎหมายเยอรมันได้พิจารณาไปแล้วว่าข้อตกลงเลิกสัญญา
มีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่ไม่ตั้งอยู่บนฐานของเอกเทศสัญญาใดๆ (atypical) และถือเป็น
สัญญาประเภทใหม่ที่ไม่มียกเว้นตามกฎหมายกำหนดถึงสิทธิหน้าที่ตามสัญญาเอาไว้ ด้วยเหตุนี้ทำให้
หลักกฎหมายที่นำมาปรับใช้แก่กรณีมักเกิดจากคำวินิจฉัยของศาล (case law) โดยศาลเยอรมันได้นำ
หลักกฎหมายดั้งเดิมที่อยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเข้ามาปรับใช้ในลักษณะเทียบเคียง (by

¹¹⁷ เฟ็ชอ้าง, น. 488-489 และ 502-503.

¹¹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 560/2553 วินิจฉัยว่า หลังจากจำเลยได้รับเงินมัดจำไป
จากโจทก์แล้ว จำเลยมีหน้าที่ส่งเครื่องจักรไปให้โจทก์ภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ได้รับเงินมัดจำ แต่
จำเลยมิได้ส่งมอบเครื่องจักรให้โจทก์ โจทก์ก็ได้ทวงถามแต่อย่างใด จนกระทั่งวันที่ 28 พฤษภาคม
2541 หลังครบกำหนดประมาณ 1 ปี 4 เดือน โจทก์จึงมีหนังสือบอกเลิกสัญญาและให้จำเลยคืนเงิน
มัดจำภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือแม้ไม่ปรากฏว่าจำเลยได้รับหนังสือดังกล่าวเมื่อใด แต่
จำเลยก็เคยมีหนังสือลงวันที่ 7 มกราคม 2541 แจ้งโจทก์ว่าไม่สามารถคืนเงินมัดจำให้ได้ แต่จะยัง
ขายเครื่องจักรให้โจทก์โดยเพิ่มราคาขึ้นจากเดิม แสดงว่าก่อนหน้าที่โจทก์จะมีหนังสือบอกเลิกสัญญา
ดังกล่าว โจทก์เคยบอกเลิกสัญญาและให้จำเลยคืนเงินมัดจำมาแล้ว แต่จำเลยไม่ยืนยันว่าจะติดตั้ง
เครื่องจักรให้โจทก์และขอเพิ่มราคา ซึ่งไม่ปรากฏว่าโจทก์ตกลงยินยอมด้วย แต่ได้มีหนังสือบอกเลิก
สัญญาและให้จำเลยคืนเงินมัดจำอีก จากนั้นโจทก์และจำเลยไม่ได้ติดต่อกันอีก จนกระทั่งโจทก์มี
หนังสือลงวันที่ 24 เมษายน 2544 บอกเลิกสัญญาและให้จำเลยคืนเงินมัดจำพร้อมค่าเสียหาย
พฤติการณ์ดังกล่าวถือว่าโจทก์และจำเลยตกลงเลิกสัญญาซื้อขายต่อกันโดยปริยายตั้งแต่จำเลยเสนอ
ติดตั้งเครื่องจักรให้แก่โจทก์โดยขอเพิ่มราคาจากเดิม เมื่อสัญญาเลิกต่อกันคู่สัญญาจึงต้องกลับคืนสู่
ฐานะเดิม จำเลยต้องคืนเงินมัดจำให้แก่โจทก์พร้อมดอกเบี้ยตามกฎหมายนับแต่วันที่รับเงินไป เมื่อฟัง
ว่าโจทก์และจำเลยสมัครใจเลิกสัญญาต่อกันแล้ว โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากจำเลยอีก, อ้าง
ถึงใน *ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 4*, น. 503.

¹¹⁹ เฟ็ชอ้าง, น. 489.

analogy)¹²⁰ และระบบกฎหมายเยอรมันได้มีการแบ่งแยกระหว่างผลในทางกฎหมายของการเลิกสัญญาโดยทั่วไปและการเลิกสัญญาที่มีลักษณะก่อหนี้อย่างต่อเนื่องอย่างชัดเจนอีกด้วย โดยผลของการเลิกสัญญาถูกบัญญัติอยู่ในมาตรา 346¹²¹ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งกำหนดให้คู่กรณีเกิดการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (restitutio in intergrum) เท่าที่เป็นไปได้ และคู่กรณีแต่ละฝ่ายจะถูกคาดหวังให้ส่งมอบคืนประโยชน์ทั้งหลายที่ตนได้รับมาจากอีกฝ่าย และหากผลประโยชน์จะต้องคืนให้แก่อีกฝ่ายเกิดการพันวิสัยไม่อาจส่งมอบคืนได้ในความเป็นจริง มาตรา 346 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กำหนดให้ต้องชดเชยคืนเป็นตัวเงินตามมูลค่าแห่งผลประโยชน์อันพึงต้องชำระคืนนั้น ทั้งนี้มีข้อยกเว้นตามมาตรา 346 วรรคสาม ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ในกรณีที่ผู้ขายได้ชำระหนี้โดยการส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อ และต่อมาสินค้าได้ถูกทำลายในระหว่างที่อยู่ในความครอบครองของผู้ซื้อ แม้ว่าที่ผู้ซื้อจะได้ใช้ความระมัดระวังตามปกติแล้วก็ตาม¹²² และในส่วน of สัญญาที่มีลักษณะก่อหนี้อย่างต่อเนื่อง (continuing contract) หรือ ‘*Dauerschuldverhältnisse*’

¹²⁰ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra note* 2, pp. 162-163

¹²¹ **BGB** Section 346 Effects of revocation

(1) If one party to a contract has contractually reserved the right to revoke or if he has a statutory right of revocation, then, in the case of revocation, performance received and emoluments taken are to be returned.

(2) In lieu of restitution or return, the obligor must provide compensation for value, to the extent that 1. restitution or return is excluded by the nature of what has been obtained, 2. he has used up, disposed of, encumbered, processed or redesigned the object received, 3. the object received has deteriorated or has been destroyed; but deterioration that is caused by the object being used in accordance with its intended use is not taken into account.

If consideration is specified in the contract, then this is to be used as a basis when the compensation for value is calculated; if compensation for value for the benefit of use of a loan is to be paid, it can be shown that the value of the benefit of use was lower.

¹²² Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra note* 2, p. 389.

หมายถึง สัญญาที่แต่ละฝ่ายไม่อาจปฏิบัติชำระหนี้ให้เสร็จสิ้นในคราวเดียวแต่ต้องมีการปฏิบัติชำระหนี้อย่างต่อเนื่องไปในเวลาหนึ่ง เช่น สัญญาเช่า สัญญาเช่าในลักษณะเก็บกิน (usufructuary leases) สัญญาเช่าหุ้นส่วน และสัญญาจ้างแรงงาน เป็นต้น และการเลิกสัญญาที่มีลักษณะก่อหนี้อย่างต่อเนื่องข้างต้นถือเป็นข้อยกเว้นที่ไม่อาจนำการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (regime of restitution) ตามมาตรา 346 เข้ามาปรับใช้แก่สัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้อย่างต่อเนื่อง¹²³ และการเลิกสัญญาที่ก่อหนี้อย่างต่อเนื่องซึ่งมีเหตุจากการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่าฝืนต่อสัญญา ถือเป็นสิทธิในกรณีเฉพาะ (special right) หรือ ‘*außerordentliche Kündigung*’ ซึ่งหมายถึง สิทธิบอกล่วงหน้าเพื่อเลิกสัญญาในกรณีพิเศษ (an extra ordinary right to giving notice) ตามที่บัญญัติไว้ตามที่มาตรา 314¹²⁴ วรรคหนึ่ง

¹²³ *Ibid.*, p. 436.

¹²⁴ **BGB** Section 314 Termination, for a compelling reason, of contracts for the performance of a continuing obligation

(1) Each party may terminate a contract for the performance of a continuing obligation for a compelling reason without a notice period. There is a compelling reason if the terminating party, taking into account all the circumstances of the specific case and weighing the interests of both parties, cannot reasonably be expected to continue the contractual relationship until the agreed end or until the expiry of a notice period.

(2) If the compelling reason consists in the breach of a duty under the contract, the contract may be terminated only after the expiry without result of a period specified for relief or after a warning notice without result. Section 323 (2) number 1 und 2 applies, with the necessary modifications, as regards the dispensability of specifying a period for such relief and as regards the dispensability of a warning notice. Specifying a period for relief and issuing a warning notice can also be dispensed with if special circumstances are given which, when the interests of both parties are weighed, justify immediate termination.

(3) The person entitled may give notice only within a reasonable period after obtaining knowledge of the reason for termination.

(4) The right to demand damages is not excluded by the termination.

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน¹²⁵ และผลของการเลิกสัญญาที่ก่อกำหนดให้ปฏิบัติชำระอย่างต่อเนื่องย่อมทำให้นิติสัมพันธ์ตามสัญญาสิ้นสุดโดยไม่ก่อให้เกิดผลย้อนหลัง (no retroactive effect) เพราะว่าการชำระหนี้ทั้งหลายที่แต่ละฝ่ายได้ทำลงไปในอดีตไม่อาจถูกละเลยและเกิดขึ้นภายใต้ขอบเขตแห่งสิทธิหน้าที่ตามสัญญาที่สมบูรณ์ ดังนั้นการเลิกสัญญาที่ก่อกำหนดให้ปฏิบัติชำระอย่างต่อเนื่องจึงมิใช่หลักทั่วไปของการเลิกสัญญาที่มีผลเป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณีในลักษณะย้อนหลัง แต่มีผลทำให้ยุติหน้าที่ในการชำระหนี้ทั้งหลายของคู่กรณีนับแต่เวลาที่มีการเลิกสัญญาเป็นต้นไป¹²⁶ ด้วยเหตุนี้ทำให้เข้าใจได้ว่าศาลเยอรมันน่าจะนำผลของการเลิกสัญญาทั้งสองประการข้างต้นในฐานะที่เป็นบทกฎหมายทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเข้าปรับใช้ในลักษณะเทียบเคียงแก่ผลของข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายที่คู่สัญญามีความเชื่อถืออย่างแท้จริงว่าได้เกิดขึ้นแล้ว แต่คู่กรณีมิได้ตกลงในเรื่องผลของการเลิกสัญญาโดยปริยายเอาไว้เป็นการเฉพาะ

กล่าวโดยสรุปแม้ว่าระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมันจะมีความสอดคล้องกันในเรื่องของการนำหลักทั่วไปที่อยู่ในประมวลกฎหมายเอกชนของตนเข้ามาปรับใช้ในลักษณะเทียบเคียงแก่ผลของข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายในกรณีที่มิได้มีการตกลงในรายละเอียดว่าการเลิกสัญญาจะให้ผลย้อนหลังหรือให้สัญญาสิ้นสุดไปในอนาคตก็ตาม อย่างไรก็ตามคำวินิจฉัยของศาลฎีกาไทยยืนยันมาโดยตลอดว่าให้นำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณีไปปรับใช้แก่ผลของการเลิกสัญญาที่คู่สัญญาสมัครใจเลิกสัญญาโดยปริยาย และทำให้การเลิกสัญญาที่มีลักษณะต่อเนื่องต้องถูกปรับใช้ด้วยหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมด้วย แต่ทั้งนี้ผู้เขียนก็มีความเห็นไปทำนองเดียวกับแนวความเห็นในทางตำราของนักกฎหมายไทยซึ่งมีความสอดคล้องกับหลักกฎหมายเยอรมันและอังกฤษที่ว่าหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมซึ่งเป็นผลทั่วไปของการเลิกสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้คราวเดียวมีความไม่เหมาะสมเมื่อนำไปปรับใช้แก่การเลิกสัญญาโดยปริยายที่มีลักษณะก่อกำหนดอย่างต่อเนื่อง เช่น สัญญาเช่า สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาเช่าซื้อ เป็นต้น เนื่องจากการกลับคืนสู่ฐานะเดิมมีลักษณะทำให้เกิดผลย้อนหลังไปในเวลาที่เข้าทำสัญญาและเป็นการรื้อฟื้นหนี้ที่ปฏิบัติชำระจนระงับสิ้นไปแล้วในอดีตขึ้นอีกครั้ง¹²⁷ นอกจากนี้คู่กรณีที่เลิกสัญญาที่ก่อกำหนดต่อเนื่องมิได้มีเจตนาที่จะเรียกการชำระหนี้ที่ทำการไป

¹²⁵ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra* note 2, p. 437.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ โปรดดู จตุพล หวังสู่วัฒนา, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 6*, น. 67-71, และดู จิต เศรษฐบุตร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 14*, น. 286-287, และดู ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 4*, น. 498-499.

แล้วคืนแต่ต้องการให้สิทธิหน้าที่ตามสัญญาที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตสิ้นสุดลงเท่านั้น อีกทั้งคู่กรณีต้องเสียค่าใช้จ่ายในการคืนทรัพย์สินโดยใช่เหตุและมีความยุ่งยากในการคิดคำนวณเงินที่ต้องชดเชยเพื่อให้อีกฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะเดิมทำให้เกิดผลเสียต่อเศรษฐกิจในภาพรวมอีกด้วย¹²⁸ และในท้ายที่สุดระบบกฎหมายเยอรมันและระบบกฎหมายอังกฤษก็แสดงให้เห็นแล้วว่าหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมจะไม่ถูกนำไปปรับใช้แก่การเลิกสัญญาที่มีลักษณะก่อหนี้อย่างต่อเนื่อง ยิ่งกว่านั้นระบบกฎหมายเยอรมันได้มีการแบ่งแยกผลของการเลิกสัญญาที่มีลักษณะก่อหนี้อย่างต่อเนื่องออกจากการเลิกสัญญาทั่วไปอย่างเด็ดขาดโดยถือเป็นข้อยกเว้นที่ไม่อาจนำการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (regime of restitution) ตามมาตรา 346 เข้ามาปรับใช้แก่สัญญาที่ก่อหนี้อย่างต่อเนื่องอีกด้วย

นอกจากนี้ในระบบกฎหมายไทย หากผลของเลิกสัญญาโดยปริยายทำให้อีกฝ่ายการกลับคืนสู่ฐานะเดิมมีลักษณะเป็นการคืนเงินจำนวนหนึ่ง การคืนเงินดังกล่าวจะมีสิทธิคิดดอกเบี้ยได้หรือไม่ ผู้เขียนมีความเห็นว่าเนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัติถึงผลของการเลิกสัญญาโดยปริยายเอาไว้เป็นการเฉพาะ ทำให้ศาลฎีกาในคำพิพากษาฎีกาที่ 560/2553 ชำงตันได้นำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 391 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เข้าปรับใช้โดยอนุโลม แม้ว่าศาลฎีกาจะไม่เคยให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยว่าเหตุใดถึงต้องนำมาตรา 391 เข้าปรับใช้แก่กรณีก็ตาม แต่ผู้เขียนเชื่อว่านิติวิธีที่ศาลฎีกาใช้ในกรณีดังกล่าวย่อมได้แก่การนำมาตรา 391 ซึ่งเป็นเรื่องผลทั่วไปของการใช้สิทธิเลิกสัญญาเข้าปรับใช้โดยอนุโลมแก่ผลของการเลิกสัญญาโดยปริยายในฐานะที่เป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งนั่นเอง ด้วยเหตุนี้ทำให้อาจกล่าวได้ว่าในคู่กรณีฝ่ายที่ต้องคืนเงินเพื่อให้อีกฝ่ายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม คู่กรณีที่ต้องคืนเงินน่าจะต้องมีการชดเชยดอกเบี้ยให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายที่รับเงินด้วยเนื่องจากดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นจากเงินจำนวนดังกล่าวย่อมเป็นดอกผลที่เกิดขึ้นแก่ตัวเงินและเป็นประโยชน์แก่เจ้าของเงินที่แท้จริง ส่วนการคืนเงินประกันความเสียหายในสัญญาเช่าที่มีการเลิกสัญญาโดยปริยาย ผู้เขียนเข้าใจว่าเงินจำนวนดังกล่าวถือเป็นการกำหนดเบี้ยปรับล่วงหน้าและถ้าไม่ปรากฏว่ามีความเสียหายใดๆ เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินที่เช่า ผู้ให้เช่าย่อมมีหน้าที่ต้องคืนเงินประกันความเสียหายให้แก่ผู้เช่าพร้อมดอกเบี้ยอีกด้วย

5.4 ปัญหาตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยาย

แนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยในเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยายนั้น ผู้เขียนได้จัดหมวดหมู่โดยตั้งตามข้อสังเกตไว้แล้วในบทที่ 3 แต่ทั้งนี้จะขอหยิบยกคำพิพากษาศาลฎีกาเฉพาะในเรื่องที่สำคัญและ

¹²⁸ โปรตตุ จตุพล หวังสุวรรณ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น. 67-71.

มีข้อเท็จจริงชัดเจนขึ้นมาวิเคราะห์ รวมทั้งจะทดลองนำหลักกฎหมายต่างประเทศในเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยายเข้าแก้ไขปัญหาที่เคยเกิดขึ้นจริงในคำพิพากษาศาลฎีกาในระบบกฎหมายไทย โดยมีรายละเอียดต่อไปนี้

5.4.1 กรณีที่คู่สัญญามีพฤติการณ์ไม่นำพาต่อการปฏิบัติตามสัญญาหรือทิ้งร้าง

คู่สัญญามีพฤติการณ์ที่ไม่นำพาต่อการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาหรือมีการทิ้งร้างโดยมิได้ติดตามทวงถามต่อกันจนกระทั่งล่วงเลยไปชั่วระยะเวลาหนึ่ง

ตัวอย่างที่หนึ่ง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 814/2490 วินิจฉัยว่า “ตามสัญญาจะซื้อจะขายที่ดิน เมื่อการที่จะจดทะเบียนโอนพนักงานที่ดินขัดข้องบางประการ ผู้จะซื้อจึงไม่ชำระราคาต่อไปตามงวดที่ตกลงกันไว้ เช่นนี้เป็นกรณีที่ผู้ซื้อแสดงเจตนาไม่ประสงค์ปฏิบัติตามสัญญาต่อไป ผู้จะขายก็ไม่ว่าอะไรในเวลาอันควร ทั้งสี่เดือนต่อมาผู้จะขายยังโอนที่ดินหลุดแก่ผู้รับจำนองเสียอีก ถือได้ว่าเป็นการที่ผู้จะขายแสดงเจตนาสนองรับการเลิกสัญญาจะซื้อจะขายกันแล้ว” เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเลิกสัญญาโดยปริยายในระบบกฎหมายไทยนั้นอาจทำให้เข้าใจว่าศาลฎีกาในคดีดังกล่าวถือว่าการไม่ชำระหนี้ตามสัญญาถือเป็นการทำคำเสนอขอเลิกสัญญา แต่ทั้งนี้การทำคำเสนอในระบบกฎหมายไทยนั้นเข้าใจว่าต้องจัดทำขึ้นโดยชัดแจ้งเท่านั้น และข้อเท็จจริงในคดีที่ว่าเมื่อไม่อาจโอนที่ดินให้แก่กันได้ผู้จะซื้อจึงไม่ชำระราคาต่อไปตามงวดที่ตกลงกันไปถือได้ว่าเป็นการที่ผู้ซื้อแสดงเจตนาไม่ประสงค์ปฏิบัติตามสัญญาต่อไปนั้นจึงไม่น่าจะเพียงพอให้ถือเป็นการทำคำเสนอขอเลิกสัญญาโดยชัดแจ้งและนำไปสู่การเลิกสัญญาโดยปริยายได้เลย แต่เข้าใจว่าน่าจะเข้าลักษณะของการไม่ชำระหนี้ตามสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องเสียหายมีสิทธิเรียกให้เยียวยาความไม่เสียหายอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้ไม่ว่าจะเป็นการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือใช้สิทธิเลิกสัญญาเนื่องจากการไม่ชำระหนี้เสียมากกว่า

อย่างไรก็ดีเมื่อพิจารณาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบจะเห็นว่าศาลฎีกาในคดีมีการวินิจฉัยว่า “ผู้จะซื้อแสดงเจตนาไม่ประสงค์ปฏิบัติตามสัญญาต่อไป” และ “ผู้จะขายแสดงเจตนาสนองรับการเลิกสัญญาจะซื้อจะขาย” ซึ่งการโต้ตอบเจตนาให้เกิดการเลิกสัญญาดังกล่าวมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับการที่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาไม่ประสงค์ที่จะปฏิบัติตามสัญญาต่อไป (repudiation of contract) ในระบบกฎหมายอังกฤษ และถ้าจะให้มีการเลิกสัญญาเกิดขึ้นตามระบบกฎหมายอังกฤษ คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดสัญญาต้องมีการตอบรับความประสงค์ไม่ปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าว (acceptance of repudiation) การเลิกสัญญาจึงจะเกิดขึ้นได้ในระบบกฎหมายอังกฤษ ยิ่งกว่านั้นองค์คณะของผู้พิพากษาศาลฎีกาที่นั่งพิจารณาคดีนี้ยังประกอบไปด้วยศาสตราจารย์ประมวลสุพรรณศรี ที่สำเร็จการศึกษากฎหมายจากประเทศอังกฤษและสอบได้เป็นเนติบัณฑิตอังกฤษในสำนัก

มิดเดิ้ล เทมเปิล (Middle Temple) อีกด้วย¹²⁹ ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเข้าใจว่าอิทธิพลของระบบกฎหมายอังกฤษที่มีอยู่ในเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยายในระบบกฎหมายไทยในช่วงแรกจึงน่าจะมีอยู่ไม่น้อยเลย

ตัวอย่างที่สอง คำพิพากษาฎีกาที่ 136/2509 (ญ.) ที่วินิจฉัยว่า “จำเลยทำสัญญาจะขายที่ดินให้บิดาโจทก์และได้รับเงินมัดจำไปแล้ว โดยตกลงกันว่าจะไปทำสัญญาซื้อขายกันที่อำเภอภายใน 120 วัน ถ้าจำเลยผิดสัญญา จำเลยยอมคืนเงินมัดจำและยอมให้ปรับด้วยนั้น การที่ได้ปฏิบัติการค้าขายภายในกำหนดเวลาดังกล่าวเพราะบิดาโจทก์อพยพย้ายภูมิลำเนาไปอยู่ที่อื่นโดยไม่ได้แจ้งให้จำเลยทราบทั้งไม่ได้มาขอปฏิบัติการชำระหนี้ภายในกำหนด ชำยังปล่อยเวลาให้ล่วงพ้นไปเป็นเวลาถึง 6 ปีเศษนั้นตามพฤติการณ์ถือได้ว่าคู่สัญญาตกลงเลิกสัญญาจะซื้อขายโดยไม่ตั้งใจเรียกร้องอะไรแก่กันแล้วจำเลยจึงมีสิทธิที่จะรับเงินมัดจำและไม่ต้องเสียเบี้ยปรับให้โจทก์ด้วย” จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาได้ความว่า ผู้จะซื้อหลังจากเข้าอยู่ในที่ดินพิพาทได้เดือนเศษก็อพยพย้ายภูมิลำเนาไปอยู่ที่อื่น และผู้จะขายไม่สามารถจะทราบได้ว่าไปอยู่ที่ใด อีกทั้งผู้จะซื้อก็ขาดติดต่อให้ผู้จะขายปฏิบัติตามสัญญาจนกระทั่งปล่อยเวลาล่วงเลยไปถึง 6 ปีเศษ ตามพฤติการณ์ถือได้ว่าคู่สัญญาตกลงเลิกสัญญาโดยปริยาย

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายในเรื่องการเลิกสัญญาในระบบกฎหมายไทยนั้น จะเห็นได้ว่าผู้จะซื้อหรือทายาทมิได้มีการแสดงเจตนาทำคำเสนอขอเลิกสัญญาให้แก่ผู้จะขายได้ทราบหรือเข้าใจได้เลยไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย และผู้จะขายก็ได้มีการสนองรับการเลิกสัญญาอีกด้วย ซึ่งอาจจะด้วยเหตุที่ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีข้อจำกัดในการติดต่อสื่อสารเจตนาที่จะเลิกสัญญาระหว่างคู่กรณีซึ่งผู้จะขายก็ไม่ทราบว่าผู้จะซื้อย้ายไปอยู่ ณ ที่ใดอีกด้วย

แต่ทั้งนี้เมื่อพิจารณาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบจะเห็นได้ว่าในระบบกฎหมายอังกฤษนั้นศาลคอมมอนลอว์อังกฤษก็เคยมีความเห็นว่าการณที่คู่สัญญาชำระหนี้ล่าช้าอย่างมาก (a long period of delay) หรือการไม่ดำเนินการใดๆ (inactivity) เป็นเวลานานจะถือได้ว่าเป็นคู่สัญญาตกลงที่จะละทิ้งสัญญา (the parties have agreed to abandon their contract) จะต้องเป็นกรณีที่แสดงให้เห็นได้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีการกระทำที่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายเชื่อได้อย่างชอบด้วยเหตุผลว่าฝ่ายนั้นตกลงที่จะละทิ้งสัญญา (one party conducted itself in such a way that the other

¹²⁹ อนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ นายประมุล สุวรรณศร (กรุงเทพมหานคร: ศิวพร, 2524) น. (1).

party reasonably assumed that it was agreed that the contract was abandoned)¹³⁰ โดยผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าการที่ผู้จะซื้ออพยพย้ายภูมิลำเนาและขาดการติดต่อสื่อสารไปเลยก็น่าจะเพียงพอให้ผู้จะขายเชื่อได้อย่างชอบด้วยเหตุผลว่าผู้จะซื้อจะมีเจตนาที่จะละทิ้งสัญญา (abandon of contract) ตามระบบกฎหมายอังกฤษแล้ว แต่ทั้งนี้คู่สัญญาฝ่ายที่กล่าวอ้างเหตุแห่งการละทิ้งสัญญาย่อมมีการพิสูจน์ให้เห็นได้ถึงการนั้นอีกด้วย

อย่างไรก็ตามการที่ศาลฎีกาของไทยถือเอาการกระทำที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาซึ่งมีความไม่ชัดเจนและวินิจฉัยโดยให้ถือว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเลิกสัญญาต่อกันโดยพฤติการณ์ถือเป็นกรณีที่ศาลฎีกาใช้การตีความอย่างกว้างซึ่งอาจไปไกลกว่าหลักกฎหมายในเรื่องการข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายที่ได้ทำการศึกษาค้นคว้าพื้นฐานการจากคำเสนอขอเลิกสัญญาที่ควรกระทำโดยชัดเจนและคำสนองอาจกระทำได้โดยปริยาย ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการเลิกสัญญาโดยพฤติการณ์ของคู่สัญญาที่มีความไม่ชัดเจนดังกล่าวควรที่จะมีการปรับใช้อย่างจำกัดยิ่ง มิเช่นนั้นแล้วการตีความกว้างเกินไปอาจมีผลกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงในนิติฐานะตามสัญญาของเอกชนและอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาที่มีได้มีเจตนาที่จะเลิกสัญญาได้

5.4.2 กรณีที่คู่สัญญามีสิทธิเลิกสัญญาตามกฎหมาย แต่ใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยมิได้บอกกล่าวกำหนดเวลาพอสมควร

กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่กลับใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยมิได้บอกกล่าวล่วงหน้าให้อีกฝ่ายชำระหนี้ภายในระยะเวลาอันพอสมควร ถือว่าเป็นการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีผลทำให้สัญญาเลิกกัน แต่อีกฝ่ายก็ได้โต้แย้งคัดค้านว่าจนล่วงพ้นระยะเวลาหนึ่ง คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกใช้สิทธิเลิกสัญญามีชอบจะฟ้องร้องบังคับตามสัญญาในภายหลังอีกมิได้ ถือได้ว่าคู่สัญญาสมัครใจเลิกสัญญาโดยปริยายได้แล้ว

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4363/2528¹³¹ จากข้อเท็จจริงโดยสังเขปปรากฏธนาคารไม่อนุมัติปล่อยกู้ให้ผู้จะซื้อที่ดินทำให้ในขณะนั้นผู้จะซื้อไม่มีเงินพอที่จะชำระราคาที่ดินรายนี้

¹³⁰ *Paal Wilson & Co A/S v. Partenreederei Hannah Blumenthal, The Hannah Blumenthal* [1983] 1 AC 854, 865, 885, 914, 916, 924, Cited in Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *supra* note 39, p. 462.

¹³¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4363/2528 การที่จำเลยตกลงขายที่ดินพิพาทให้แก่โจทก์ โจทก์ตกลงซื้อโดยจะติดต่อขอกู้และเอาที่ดินดังกล่าวจำนองไว้กับธนาคารเพื่อนำเงินมาซื้อที่ดินตามบันทึกข้อตกลงแม้บันทึกดังกล่าวถือเป็นสัญญาจะซื้อขายที่ดินพิพาท แต่เมื่อธนาคารได้ปฏิเสธไม่ยอมให้โจทก์กู้เงินมาซื้อที่ดินพิพาท และต่อมาจำเลยผู้ขายได้บอกเลิกสัญญาโดยมิได้บอกกล่าวให้โจทก์ผู้ซื้อ

ได้ ต่อมาผู้จะขายจึงได้บอกเลิกสัญญาโดยมิได้บอกกล่าวกำหนดเวลา แต่ผู้จะซื้อก็ปล่อยให้เวลาล่วงเลยไปกว่า 5 ปี จึงได้นำคดีขึ้นฟ้องเพื่อบังคับตามสัญญาจะซื้อจะขายอีกครั้งหนึ่ง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าพฤติการณ์ดังกล่าวพอถือได้ว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่างสมัครใจเลิกสัญญาต่อกันโดยปริยาย โจทก์จะขอให้บังคับจำเลยโอนขายที่ดินพิพาทตามสัญญาในภายหลังอีกไม่ได้

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายในระบบกฎหมายไทยนั้น ถ้าสัญญาไม่มีกำหนดการชำระหนี้หรือมีกำหนดเวลาแต่มิใช่สาระสำคัญ เมื่อเจ้าหนี้จะใช้สิทธิเลิกสัญญาจำต้องบอกกล่าวกำหนดเวลาพอสมควรให้ลูกหนี้ชำระหนี้เสียก่อนตามมาตรา 387 และถ้าเจ้าหนี้ไม่บอกกล่าวกำหนดเวลาให้ครบถ้วนตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดอาจถือเป็นเพียงการเตือนให้ลูกหนี้ผิดนัดซึ่งนำไปสู่ความรับผิดชอบทางหนี้อื่น เช่น ดอกเบี้ย เท่านั้น แต่ทั้งนี้การเตือนให้ชำระหนี้ยังไม่เพียงพอให้เกิดสิทธิเลิกสัญญาได้¹³² และในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นการบอกกล่าวกำหนดเวลาพอสมควร (Nachfrist) ถือเป็นเงื่อนไขที่สำคัญในการใช้สิทธิเลิกสัญญาเช่นเดียวกับระบบกฎหมายไทย แต่อีกทั้งเจ้าหนี้ต้องกำหนดระยะเวลาอย่างเหมาะสม (angemessen) แต่ถ้าหากเจ้าหนี้กำหนดเวลาที่ไม่เหมาะสมหรือสั้นเกินไป (too short) อาจถูกปรับแก้ไขให้เหมาะสมได้ภายหลังโดยศาลเยอรมัน¹³³ ด้วยเหตุนี้ทำให้ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าแม้ผู้จะขายจะใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยมิได้กำหนดเวลาพอสมควรให้ผู้จะซื้อชำระหนี้ค่าที่ดิน แต่ศาลเยอรมันก็อาจกำหนดเวลาให้ได้ตามความเหมาะสม และการที่ผู้จะซื้อปล่อยให้ระยะเวลาล่วงเลยไปกว่า 5 ปี อาจถือว่าเกินล่าช้าเกินความเหมาะสมที่จะผู้จะซื้อแก้ไขข้อบกพร่องหรือปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาดังกล่าวแล้ว

ชำระหนี้ภายในระยะเวลาพอสมควรตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387 ถือเป็นการบอกเลิกสัญญาโดยมิชอบ แต่โจทก์ก็มีโต้แย้งการบอกเลิกสัญญาในขณะนั้น กลับเพิกเฉยปล่อยให้เวลาล่วงเลยมาเป็นเวลานานถึง 5 ปี พฤติการณ์ดังกล่าวพอถือได้ว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่างสมัครใจเลิกสัญญาต่อกันโดยปริยาย โจทก์จะขอให้บังคับจำเลยโอนขายที่ดินพิพาทตามสัญญาในภายหลังอีกไม่ได้ อ้างถึงใน จิตติ ดิงศภิทัย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น. 178.

¹³² ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, *คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา*, พิมพ์ครั้งที่ 21 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560) น. 475.

¹³³ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra note 2*, p. 401.

5.4.3 กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีคำเสนอขอเลิกสัญญา และอีกฝ่ายมีการกระทำที่ สันนิษฐานได้ว่าเป็นการสนองรับการเลิกสัญญา

การใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาที่ไม่มีสิทธิเลิกสัญญาย่อมไม่มีผลทำให้สัญญาระงับสิ้นลง แต่สัญญายังคงมีผลผูกพันต่อคู่สัญญาเช่นเดิม นอกจากนี้ผู้ที่เลิกสัญญาโดยมิชอบอาจตกเป็นผู้ผิดสัญญาเสียเองและก่อให้เกิดสิทธิเลิกสัญญาแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายแทน อย่างไรก็ตามการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยมิชอบด้วยกฎหมายอาจเข้าลักษณะทางกฎหมายที่เรียกว่า “คำเสนอขอเลิกสัญญา” ซึ่งคู่สัญญาอีกฝ่ายอาจสนองรับไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายและเกิดเป็นสัญญาฉบับใหม่เพื่อระงับนิติสัมพันธ์ตามสัญญาเดิมได้¹³⁴

ตัวอย่างที่หนึ่ง คำพิพากษาฎีกาที่ 3092/2529¹³⁵ จากข้อเท็จจริงในคดีที่ผู้ให้เช่าติดต่อขอยกเลิกสัญญาและจ่ายเช็คเพื่อคืนเงินค่าช่วยก่อสร้างให้แก่ผู้เช่าดังกล่าวนั้น เมื่อพิจารณาในเรื่องการเกิดขึ้นของการเลิกสัญญาโดยปริยายที่เริ่มต้นจากคำเสนอขอเลิกสัญญาโดยชัดแจ้งและอีกฝ่ายมีคำสนอนั้น ทำให้เห็นได้ว่าการกระทำของผู้ให้เช่าแทบจะไม่มีข้อสงสัยเลยว่าผู้ให้เช่ามีเจตนาที่จะทำคำเสนอขอเลิกสัญญาโดยชัดแจ้ง อีกทั้งมีความพยายามที่จะทำให้ผู้เช่าได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมไปใน

¹³⁴ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 489.

¹³⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 3092/2529 โจทก์ทำสัญญาเช่าห้องพิพาทจากจำเลย โดยที่โจทก์ยอมชำระเงินค่าก่อสร้างให้จำเลยเป็นการตอบแทนที่จำเลยยอมให้เช่าห้องพิพาท ต่อมาจำเลยมีหนังสือบอกเลิกการเช่าโดยออกเช็คและตัวแลกเงินเป็นจำนวนเงินเท่ากับค่าก่อสร้างคืนแก่โจทก์ ข้อเท็จจริงแสดงว่าจำเลยประสงค์แต่จะเลิกสัญญากับโจทก์เท่านั้นโดยไม่ถือว่าโจทก์ผิดสัญญาจึงได้ยอมคืนเงินค่าก่อสร้างแก่โจทก์ทั้งหมด แต่โจทก์ได้ส่งเช็คและตัวแลกเงินคืนให้จำเลย จำเลยจึงมีหนังสือยืนยันการบอกเลิกสัญญาและส่งเช็คกับตัวแลกเงินคืนให้โจทก์อีก แม้ต่อมาโจทก์จะยอมรับไว้ก็ตามแต่โจทก์ก็ได้นำไปขึ้นเงินจึงเป็นการบอกเลิกสัญญาของจำเลยแต่ฝ่ายเดียวไม่มีผลทางกฎหมายแต่อย่างใด อีกทั้งโจทก์ดำเนินการฟ้องขับไล่ผู้เช่าช่วงออกจากห้องพิพาทยอมถือได้ว่าโจทก์ใช้สิทธิตามสัญญาเช่าห้องพิพาทอันเป็นการยืนยันว่าโจทก์ไม่ยอมรับการบอกเลิกสัญญาจากจำเลย ภายหลังเมื่อศาลฎีกาพิพากษาให้โจทก์แพ้คดี โจทก์จึงนำตัวแลกเงินและเช็ค 2 ฉบับขึ้นเงินแต่ขึ้นเงินตามเช็คไม่ได้ เพราะเช็คขาดอายุความนั้นแสดงว่าโจทก์ตกลงเลิกสัญญากับจำเลยแล้ว และยินดีรับเงินค่าก่อสร้างที่จำเลยคืนให้ซึ่งเป็นการใช้สิทธิในฐานะผู้เช่าโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่เป็นการใช้สิทธิไม่สุจริตแต่อย่างใด เมื่อโจทก์ยอมเลิกสัญญากับจำเลยแล้ว สัญญาเช่าก็เป็นอันระงับ และเมื่อสัญญาดังกล่าวมิได้ให้สิทธิจำเลยในฐานะผู้ให้เช่ารับเงินค่าก่อสร้างที่จำเลยชำระให้โจทก์ จำเลยจึงต้องชำระเงินดังกล่าวที่ค้างอยู่ให้แก่โจทก์, *อ้าวถึงใน จิตติ ดิงศภัทัย, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น. 198.

เวลาที่เข้าทำสัญญาโดยการชำระเงินที่ได้รับจากผู้ให้เข้าคินเป็นเช็ค แม้ว่าในช่วงแรกจะไม่มีผลในทางกฎหมายเนื่องจากผู้เช่าไม่ยอมรับคำขอลีกสัญญาก็ตาม แต่ต่อมาเมื่อผู้เช่านำเช็คไปขึ้นเงินก็อาจถือได้ว่าการเจตนาที่จะสนองรับคำขอลีกสัญญาของโจทก์แล้วแม้ว่าเช็คจะขึ้นเงินไม่ได้เนื่องจากธนาคารปฏิเสธการใช้เงินแก่เช็คที่ขาดอายุก็ตาม

หากพิจารณาในเรื่องการเกิดขึ้นของข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายตามระบบกฎหมายไทยในส่วนการทำคำสอนนั้น ผู้รับคำเสนอขอลีกสัญญาจะต้องมีการบอกกล่าวคำสอนรับให้แก่ผู้ทำคำเสนอได้ทราบอีกด้วย เว้นแต่ในเป็นการทำคำสอนโดยปริยายในกรณีที่ผู้ทำคำเสนอแสดงเจตนายกเว้นไว้ว่าไม่ต้องบอกกล่าวหรือมีปกติประเพณีว่าไม่ต้องบอกกล่าวเช่นนั้น และการที่ผู้ให้เช่าชำระเงินคินให้แก่ผู้เช่าก็อาจฟังได้ว่าเป็นกรณีที่ผู้ทำคำเสนอแสดงเจตนายกเว้นไว้ว่าไม่ต้องมีการบอกกล่าวคำสอนไปและให้ถือเอาการขึ้นเงินตามเช็คเป็นการแสดงเจตนาสนองรับตามคำเสนอได้ แต่ในทางกลับกันหากพิจารณาอีกแง่มุมหนึ่งอาจเห็นได้ว่าคำเสนอขอลีกสัญญาโดยชัดแจ้งของคู่สัญญานั้นเป็นการกระทำที่ตั้งอยู่บนฐานของการผิดสัญญาอีกด้วย และการยอมรับเงินของคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายอาจไม่ถือเป็นการสนองรับคำขอลีกสัญญาโดยปริยายเสมอไป เนื่องจากการยอมรับเงินคินอาจเป็นเพียงการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายที่ได้ผิดสัญญาเพื่อบรรเทาความเสียหายในเบื้องต้นจากการผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายที่ทำคำเสนอขอลีกสัญญาดังกล่าวและมีเจตนาที่จะดำเนินคดีต่อคู่สัญญาขอลีกสัญญาโดยมิชอบต่อไปภายหลัง เช่นดังข้อพิพาทกรณีโรงพยาบาลกรุงเทพยกเลิกสัญญารักษาพยาบาลตลอดชีพหรือโครงการไลฟ์พรีเมียมคลับ (Life Privilege Club) และโรงพยาบาลจะคืนเงินค่าสมัครสมาชิกที่คู่สัญญาได้ชำระให้แก่โรงพยาบาลทั้งหมด ซึ่งเงินที่คืนเป็นเงินค่าสมัครสมาชิกตามสัญญาที่มีมูลค่ามากกว่า 1 ล้านบาท โดยอ้างเหตุผลว่าสัญญาดังกล่าวเข้าข่ายสัญญาประกันชีวิตซึ่งโรงพยาบาลไม่มีใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิตทำให้ไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้ เป็นเหตุให้สมาชิกบางคนหลงเชื่อและยอมรับเงินคินพร้อมดอกเบี้ยร้อยละสิบ โดยศาลแพ่งในคดีหมายเลขดำที่ ผบ.928-929/2560, ผบ.939-940/2560 และ ผบ.2504-2505/2560 วินิจฉัยแล้วว่าจำเลยไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาเพราะไม่เข้าข่ายธุรกิจประกันภัย และพิพากษาให้จำเลยดำเนินโครงการนี้ต่อไปตามสัญญา รวมทั้งพิพากษาให้จำเลยชำระเงินค่ารักษาพยาบาลคืนให้แก่โจทก์และชดเชยค่าทนายความและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีแทนโจทก์ด้วย¹³⁶ ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าข้อพิจารณาในเรื่องการยอมรับเงินในสัญญาคินตามคำเสนอขอลีกสัญญาแต่เพียงประการเดียวอาจไม่เพียงพอที่จะถือเป็นการสนองรับให้เกิดเป็นการเลิกสัญญาโดยปริยายได้เสมอไป แต่จำเป็นต้องพิจารณา

¹³⁶ “ศาลสั่งรพ.กรุงเทพคืนสิทธิรักษาสมาชิกไลฟ์พรีเมียมคลับ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม 2561, จาก <http://www.bangkokbiznews.com/news/detail/784852/>

องค์ประกอบอื่นๆ เช่น เจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา เป็นต้น มิเช่นนั้นแล้วการปล่อยให้มีการเลิกสัญญาโดยปริยายที่ไม่สอดคล้องกับเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมและขัดต่อหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาอีกด้วย

แต่ทั้งนี้เมื่อพิจารณาเชิงกฎหมายเปรียบเทียบในระบบกฎหมายเยอรมันจะเห็นได้ว่า คำเสนอขอเลิกสัญญาที่เป็นคำเสนอขอทำสัญญาในทางทรัพย์สินที่ก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวต่อสิทธิในทางทรัพย์สิน (right in rem) ในลักษณะที่เป็นการระงับสิทธิหน้าที่ตามสัญญาเดิมโดยตรงและโดยพลัน และตั้งอยู่บนฐานในทางทฤษฎีเชิงนามธรรม (principle of abstraction) การจัดทำคำเสนอขอทำสัญญาในทางทรัพย์สินต้องมีความเคร่งครัดในเรื่องชัดเจนและแน่นอนยิ่งกว่าการจัดทำคำเสนอขอทำสัญญาในทางหนี้ทั่วไป¹³⁷ ด้วยเหตุนี้คำเสนอขอเลิกสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมันต้องกระทำโดยชัดแจ้งเท่านั้น ส่วนการทำคำเสนอในในระบบกฎหมายเยอรมันก็ต้องมีการสื่อสารคำสนองกลับไปให้ผู้ทำคำเสนอได้ทราบหรือส่งไปอยู่ในขอบเขตแห่งการรับรู้ของผู้ทำคำเสนอ (sphere of influence)¹³⁸ เว้นแต่กรณีที่ไม่ต้องบอกกล่าวเพราะเป็นเรื่องตามปกติที่ไม่ต้องกระทำเช่นนั้น (a waiver is normal in circumstance) ซึ่งอาจพบได้ในการซื้อขายสินค้าผ่านไปรษณีย์ (mail order business) หรือคู่สัญญามีความสัมพันธ์ต่อเนื่องในทางธุรกิจ (the parties are in a continuing business) และในกรณีผู้ทำคำเสนอจะไต่ยกเว้นไว้ (the offeror waived the requirement) แต่อย่างน้อยที่สุดก็ต้องมีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่อาจสันนิษฐานได้ว่าเป็นการทำคำสนอง¹³⁹ อย่างไรก็ตามในกรณีที่มีข้อสงสัยว่ามีสัญญาเกิดขึ้นหรือไม่ ระบบกฎหมายเยอรมันก็มีแนวโน้มที่จะยอมรับเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณีตามสัญญามากกว่าการพิจารณาคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันอย่างเคร่งครัด และศาลเยอรมันมักจะถือเอาการปฏิบัติการชำระหนี้ (performance) ของคู่กรณีที่เกิดขึ้นจริงเป็นเครื่องบ่งชี้ว่าได้มีสัญญาเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญามากกว่าให้น้ำหนักกับการแลกเปลี่ยนคำเสนอและคำสนองที่ถูกต้องตรงกันอย่างเคร่งครัดเนื่องจากคู่สัญญามีเจตนาที่จะให้เป็นเช่นนั้น¹⁴⁰

¹³⁷ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra note* 2, p. 60.

¹³⁸ *Ibid.*, pp. 69, 73-74.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 75.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 72.

ตัวอย่างที่สอง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3090/2552¹⁴¹ มีข้อเท็จจริงโดยสังเขปว่าจำเลยผู้เช่า มีจดหมายแจ้งโจทก์ผู้ให้เช่าทราบว่าจะไม่เช่าพื้นที่ทั้งหมดและจะย้ายออกก่อนที่จะครบกำหนดเวลา

¹⁴¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3090/2552 วินิจฉัยว่า “มีปัญหาต้องวินิจฉัยว่าโจทก์กับจำเลย ตกลงเลิกสัญญาเช่าและสัญญาให้บริการกันโดยปริยายหรือไม่ เมื่อใด โดยโจทก์ฎีกาว่า จำเลยต้อง ปฏิบัติตามเนื้อความแห่งสัญญาเช่าจะบอกเลิกสัญญาเช่าก่อนครบกำหนดโดยโจทก์ไม่ได้กระทำให้ผิด สัญญาไม่ได้และโจทก์ไม่เคยมีหนังสือยอมรับการบอกเลิกสัญญาไปยังจำเลยพฤติการณ์ที่โจทก์ อนุญาตให้จำเลยปรับปรุงอาคารที่เช่าให้กลับคืนดังเดิม หรือเข้าไปตรวจสอบดูความถูกต้องเรียบร้อย ของงานที่จำเลยปรับปรุง หรือโจทก์ยอมคืนเงินมัดจำค่าโทรศัพท์แก่จำเลย ไม่อาจถือว่าโจทก์ยอมรับ การบอกเลิกสัญญาของจำเลย อีกทั้งเป็นการที่จำเลยใช้สิทธิโดยไม่สุจริต สัญญาเช่าและสัญญา ให้บริการยังมีผลบังคับจนถึงวันที่ 18 เมษายน 2541 อันเป็นวันที่โจทก์บอกเลิกสัญญาเช่นนั้น เห็นว่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 386 ให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิบอกเลิกสัญญา ตามข้อสัญญาหรือตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ นอกจากนี้คู่สัญญาอาจตกลงเลิกสัญญากันเองภายหลัง ทำสัญญาก็ได้ ซึ่งอาจตกลงเลิกสัญญากันโดยชัดแจ้งหรือถือว่าสัญญาเลิกกันโดยปริยายก็ได้ ซึ่งการ บอกเลิกสัญญาโดยปริยายไม่มีกฎหมายบังคับไว้ว่าจะต้องบอกเลิกสัญญาเป็นหนังสือ แต่ต้องทำโดย แสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่งแม้ตามสัญญาเช่าระหว่างโจทก์กับจำเลยจะให้โจทก์เป็นผู้มีสิทธิบอกเลิก สัญญาเพียงฝ่ายเดียว โดยจำเลยไม่สามารถบอกเลิกสัญญาก่อนครบกำหนดสัญญาก็ตามแต่การที่ นายธนัท ผู้รับมอบอำนาจโจทก์เบิกความตอบทนายจำเลยถามค้านว่าจำเลยเคยแจ้งให้โจทก์ทราบ ทางจดหมายว่าจะไม่เช่าพื้นที่ทั้งหมดและจะย้ายออกตั้งแต่เดือนพฤศจิกายน 2539 โจทก์ทราบ ว่าจำเลยได้ขนย้ายทรัพย์สินพร้อมบริวารออกจากสถานที่เช่า ทั้งจำเลยซ่อมแซมพื้นที่เช่าไปด้วย โจทก์ ไม่ได้โต้แย้งโจทก์ไม่ได้ให้บริการแก่จำเลยตั้งแต่เดือนธันวาคม 2540 ซึ่งเจือสมกับคำเบิกความของ นายวีระชาติ พยานจำเลยและได้ความอีกว่า จำเลยมีหนังสือถึงโจทก์เพื่อคืนกุญแจห้องและสถานที่จอดรถ ตั้งแต่เดือนธันวาคม 2539 ในเดือนพฤศจิกายน 2540 จำเลยว่าจ้างบริษัททรูชแวล จำกัด มา ปรับปรุงอาคารที่เช่าเพื่อส่งมอบคืนแก่โจทก์ โจทก์ตอบกลับว่างานที่ปรับปรุงยังมีความบกพร่องต้อง แก้ไข นอกจากนี้เมื่อวันที่ 19 มิถุนายน 2540 และวันที่ 15 ตุลาคม 2540 โจทก์คืนเงินมัดจำค่า โทรศัพท์ให้จำเลย 2 ครั้ง เป็นเงิน 280,000 บาท และ 1,050,000 บาท ดังนั้นเมื่อจำเลยทำคำเสนอ แสดงเจตนาขอเลิกสัญญาเช่ากับโจทก์และโจทก์ทำคำสนองรับด้วยพฤติการณ์ดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นเจตนาของโจทก์จำเลยต่างสมัครใจที่จะเลิกสัญญาเช่าและสัญญาให้บริการต่อกันโดยปริยาย ส่วนปัญหาว่าสัญญาเช่าและสัญญาให้บริการเลิกเมื่อใด โจทก์มีหนังสือถึงจำเลยลงวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2541 ว่าให้บริษัททรูชแวล จำกัด จ้างงานซ่อมแซมอาคารที่เช่าและไม่ต้องดำเนินงานใดๆ ในอาคารอีก

ประกอบกับจำเลยมีหนังสือถึงโจทก์ว่า จำเลยยินยอมให้โจทก์คิดค่าใช้จ่ายต่างๆ ในการดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องอาคารที่เช่าโดยบริษัททรูสแวล จำกัด ยินยอมชำระแทน แสดงว่าจำเลยไม่ต้องการเข้าไปซ่อมแซมอาคารที่เช่าอีกต่อไปด้วยจึงให้โจทก์คิดคำนวณค่าใช้จ่ายในการดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องอาคารที่เช่าออกมาเป็นตัวเงินเพื่อจำเลยจะได้ชดใช้คืน ถือได้ว่าโจทก์รับมอบอาคารที่เช่าคืนจากจำเลยในวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2541 สัญญาเช่าและสัญญาให้บริการระหว่างโจทก์กับจำเลยจึงเลิกกันในวันดังกล่าว ฎีกาของโจทก์ข้อนี้ฟังไม่ขึ้น

มีปัญหาต้องวินิจฉัยข้อต่อไปว่า จำเลยต้องรับผิดชอบชำระค่าซ่อมแซมปรับปรุงพื้นที่เช่า ค่าเปลี่ยนกระจกและค่าเสียหายแก่โจทก์หรือไม่ เพียงใด โดยโจทก์ฎีกาว่าเมื่อสัญญาเช่าเลิกกันจำเลยต้องส่งมอบพื้นที่เช่าคืนให้แก่โจทก์ในสภาพดี ความเสียหายแก่ทรัพย์สินที่เช่าเกิดจากการกระทำของจำเลยที่ทำการตกแต่งต่อเติมพื้นที่เช่า บริษัททรูสแวล จำกัด ที่จำเลยว่าจ้างซ่อมแซมปรับปรุงพื้นที่เช่ามีผลงานต่ำกว่ามาตรฐานและที่จำเลยอ้างว่าค่าซ่อมแซมเป็นจำนวนเพียง 277,350 บาท ไม่ถูกต้อง โจทก์ตกลงจ้างบริษัท นันทวัน จำกัด ซ่อมแซมปรับปรุงพื้นที่เช่าจนกลับมีสภาพดีดังเดิมจำนวน 2,310,000 บาท กระจกอาคารที่เช่าเป็นกระจกกรองแสงและเคลือบสารพิเศษกันความร้อนแต่มีรอยขีดขีดเป็นร่องลึกถึง 127 บาน คิดเป็นเงินจำนวน 4,078,800 บาท และโจทก์ได้รับความเสียหายเป็นค่าขาดประโยชน์ไม่สามารถหาผู้เช่ารายอื่นมาเช่าต่อจากจำเลยได้ทันที คิดเท่ากับค่าเช่าและค่าบริการตลอดระยะเวลาการเช่าที่เหลือตามสัญญาเดิมจำนวน 8,178,018.01 บาทนั้น เห็นว่าค่าซ่อมแซมปรับปรุงพื้นที่เช่าเมื่อวันที่ 12 มีนาคม 2541 โจทก์กับจำเลยได้ประชุมเจรจาต่อรองราคาให้จำเลยรับผิดชอบจำนวน 277,350 บาท และโจทก์มีหนังสือตอบกลับว่างานฝ้าเพดานต้องปรับปรุง โดยไม่ปรากฏว่ามีงานอย่างอื่นที่ต้องซ่อมแซมปรับปรุงอีกประกอบกับนายคนุช พยานจำเลยเบิกความว่าจำเลยได้ซ่อมแซมปรับปรุงไปประมาณร้อยละ 90 แล้ว ส่วนที่โจทก์ฎีกาว่า โจทก์จ้างบริษัท นันทวัน จำกัด ซ่อมแซมปรับปรุงพื้นที่เช่าจำนวน 2,310,000 บาท และต้องเปลี่ยนกระจกที่มีรอยขีดขีดจำนวน 4,078,800 บาทนั้น เห็นว่า การซ่อมแซมปรับปรุงพื้นที่เช่าดังกล่าวและการจะเปลี่ยนกระจกกระทำหลังจากจำเลยออกไปจากพื้นที่เช่าหลายเดือนแล้วและไม่ปรากฏว่าโจทก์เคยเรียกร้องให้จำเลยรับผิดชอบเรื่องดังกล่าวมาตั้งแต่จำเลยบอกเลิกสัญญาเช่า พยานหลักฐานที่โจทก์นำสืบไม่มีน้ำหนักรับฟัง ดังนั้น กรณีจึงฟังได้ว่าความชำรุดบกพร่องดังกล่าวเกิดจากการที่จำเลยใช้สอยทรัพย์สินที่เช่าตามปกติ จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบชำระค่าซ่อมแซมทั้งสองรายการดังกล่าว ส่วนค่าเสียหายที่จำเลยไม่ส่งมอบพื้นที่เช่าคืนให้แก่โจทก์ภายในกำหนดเวลาอันสมควร ทำให้โจทก์ไม่สามารถนำออกให้ผู้อื่นเช่าเป็นเหตุให้โจทก์สูญเสียรายได้จำนวน 8,178,015.01 บาทนั้น เห็นว่า ศาลฎีกาได้วินิจฉัยแล้วว่าโจทก์กับจำเลยต่างมีเจตนาที่จะเลิกสัญญาต่อกันโดยปริยายเมื่อวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2541 ผลของการบอกเลิกสัญญา

เช่าดำเนินการซ่อมแซมพื้นที่เช่าเพื่อส่งมอบคืน ผู้ให้เช่าทราบแล้วไม่ได้แย้งคัดค้านถือว่าคู่สัญญาสมัครใจเลิกสัญญาเช่าก่อนกำหนดระยะเวลาตามสัญญานั้น เมื่อพิจารณาในเรื่องคำเสนอขอเลิกสัญญาย่อมไม่มีข้อสงสัยเลยว่าผู้เช่าทำคำเสนอขอเลิกสัญญาโดยชัดแจ้ง อย่างไรก็ตามกรณีที่โจทก์ผู้ให้เช่ามีการคืนมัดจำค่าโทรศัพท์ให้แก่จำเลยผู้เช่าจำนวนสองครั้งก็ดี การมีการเจรจาต่อรองค่าเสียหายภายหลังจากที่ผู้เช่าซ่อมแซมและส่งมอบสถานที่เช่าคืนจนได้ข้อสรุปว่าให้จำเลยรับผิดชอบจำนวน 277,350 บาทก็ดี ย่อมทำให้เข้าใจได้ว่าคู่กรณีทั้งสองมีเจตนาที่แท้จริงที่จะบังคับซึ่งสัญญาเช่าไปอย่างเด็ดขาดแล้ว อีกทั้งยังมีการเจรจาทกลงกันในเรื่องค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเลิกสัญญาจนเป็นที่ยุติแล้วอีกด้วย

ทั้งนี้ผู้เขียนมีข้อสังเกตในเรื่องของการจัดทำสัญญาที่มีมูลค่ามากที่เข้าใจว่าคู่สัญญาน่าจะต้องเจรจาอธิบายในรายละเอียดและผลทางกฎหมายให้ครบถ้วนก่อนการเลิกสัญญาดังกล่าว¹⁴² ทำให้มีความไม่ชัดเจนในประเด็นเรื่องมูลค่าของสัญญาว่าเป็นจำนวนเท่าใดจึงจะถือได้ว่ามากในความหมายดังกล่าว โดยข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคำวินิจฉัยคดีนี้ว่าจำเลยคิดคำนวณค่าเช่าและค่าบริการ

คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำเป็นต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม ซึ่งจำเลยได้ส่งมอบพื้นที่เช่าให้โจทก์ตั้งแต่วันดังกล่าวแล้วและเป็นกรณีที่การเลิกสัญญาเกิดจากความสมัครใจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายโดยจำเลยไม่ได้ผิดสัญญา ทั้งค่าเสียหายนี้มีใช้หนี้ค้ำชำระที่จำเลยต้องรับผิดชอบ จำเลยจึงไม่ต้องชำระค่าเสียหายให้แก่โจทก์ฎีกา ของโจทก์ข้อนี้ฟังไม่ขึ้น

มีปัญหาต้องวินิจฉัยข้อสุดท้ายว่า โจทก์มีสิทธิรับเงินมัดจำหรือไม่ โดยโจทก์ฎีกาว่า การบอกเลิกสัญญาของจำเลยไม่ชอบด้วยข้อสัญญาและข้อกฎหมายรวมทั้งโจทก์ไม่เคยตกลงด้วยการบอกเลิกสัญญาของจำเลย ดังนั้น การที่จำเลยผิดนัดชำระค่าเช่าก็ดี หรือการที่จำเลยไม่สามารถส่งมอบพื้นที่เช่าคืนโจทก์ในสภาพเรียบร้อยใช้การได้ดีจนเป็นที่พอใจของผู้ให้เช่าก็ดี ถือว่าจำเลยกระทำผิดสัญญาเช่าข้อ 8.5 โจทก์จึงมีสิทธิรับเงินมัดจำตามสัญญาเช่าข้อ 6 นั้น เห็นว่า ศาลฎีกาวินิจฉัยแล้วว่าโจทก์กับจำเลยสมัครใจเลิกสัญญาเช่าก่อนกำหนดระยะเวลาตามสัญญา จำเลยจึงมิได้เป็นฝ่ายผิดสัญญา โจทก์ไม่มีสิทธิรับเงินมัดจำ ที่ศาลอุทธรณ์พิพากษาคืนเงินมัดจำให้แก่จำเลยโดยนำเงินที่โจทก์มีสิทธิได้รับคือ ค่าซ่อมแซมปรับปรุงพื้นที่เช่าจำนวน 277,350 บาท ค่าเช่าพื้นที่ค่าเช่าเฟอร์นิเจอร์และเครื่องใช้ และค่าบริการระหว่างวันที่ 1 ธันวาคม 2540 ถึงวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2541 จำนวน 2,240,834.01 บาท มาหักออกคงเหลือเงินมัดจำจำนวน 243,315.99 บาท ชอบแล้ว ฎีกาของโจทก์ข้อนี้ฟังไม่ขึ้นเช่นกัน ทั้งโจทก์คืนเงินมัดจำค่าโทรศัพท์ให้จำเลย 2 ครั้ง ดังนั้นเมื่อจำเลยทำคำเสนอแสดงเจตนาขอเลิกสัญญาเช่ากับโจทก์และโจทก์ทำคำสนองรับด้วยพฤติการณ์ดังกล่าวแสดงให้เห็นเจตนาของโจทก์จำเลยต่างสมัครใจที่จะเลิกสัญญาเช่าและสัญญาให้บริการต่อกันโดยปริยายแล้ว”

¹⁴² จีต เศรษฐบุตร, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 14*, น. 219-220.

ตลอดระยะเวลาการเช่าที่เหลือตามสัญญาเดิมจำนวน 8,178,018.01 บาท จะถือได้ว่าเป็นสัญญามูลค่ามากที่การเลิกสัญญาต้องมีการตกลงในรายละเอียดและผลของการเลิกสัญญาให้ครบถ้วนก่อนหรือไม่การเลิกสัญญาจึงจะเกิดขึ้นได้ ซึ่งอาจต้องรอให้ศาลฎีกามีแนวคำวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวต่อไป

อย่างไรก็ตามการที่ศาลฎีกาวินิจฉัยในเรื่องผลของการเลิกสัญญาเช่าซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดให้ปฏิบัติชำระอย่างต่อเนื่อง (continuing contract) ว่าให้นำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมเข้าปรับใช้แก่กรณีนั้น ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีนี้ ผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วยผลเนื่องด้วยเหตุผลในเรื่องความไม่เหมาะสมเนื่องจากการรื้อฟื้นการชำระหนี้ที่ได้สำเร็จแล้วขึ้นมาอีกครั้ง อีกทั้งก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมเนื่องจากการที่ผู้ให้เช่าต้องทำให้ผู้เช่าอีกฝ่ายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมทำให้ผู้ให้เช่าต้องชำระเงินค่าเช่าคืนพร้อมดอกเบี้ยแต่ในทางกลับกันผู้เช่ามีหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สินและชำระค่าใช้สอยทรัพย์สินโดยไม่มีความรับผิดชอบในดอกเบี้ย

5.4.4 กรณีที่ผู้ให้เช่าซื้อใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยมิชอบและเข้ายึดทรัพย์สินที่เช่าซื้อคืน แต่ผู้เช่าซื้อมิได้โต้แย้งคัดค้าน

สัญญาเช่าซื้อที่ฝ่ายผู้เช่าซื้อผิดนัดไม่ชำระค่าเช่าซื้อเป็นเหตุให้ผู้ให้เช่าซื้อเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เช่าซื้อ อาทิ รถยนต์ คืบจากผู้เช่าซื้อโดยมิได้ใช้สิทธิสัญญาหรือใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย แต่ผู้เช่าซื้อก็มีได้โต้แย้งหรือคัดค้านการเข้าครอบครองทรัพย์สินนั้น

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 615/2531¹⁴³ ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยสังเขปว่า ผู้ให้เช่าและผู้ให้เช่าซื้อได้ถือกำหนดเวลาชำระค่าเช่าซื้อเป็นสาระสำคัญ เมื่อจำเลยมิได้ชำระค่าเช่าซื้อตามกำหนดเวลาในสัญญาจะถือว่าจำเลยผิดนัดไม่ได้ และการใช้สิทธิเลิกสัญญาเช่าซื้อของผู้ให้เช่าจะยัง

¹⁴³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 615/2531 สัญญาเช่าซื้อระบุว่า ถ้าผู้เช่าซื้อผิดนัดค้างชำระค่าเช่าซื้อสองงวดติดต่อกัน หรือผิดนัดค้างชำระค่าเช่าซื้อตั้งแต่สองงวดขึ้นไป ให้สัญญาเช่าซื้อเป็นอันยกเลิกเพิกถอนทันทีโดยไม่ต้องบอกกล่าวให้ผู้เช่าซื้อทราบล่วงหน้า แต่การที่จำเลยค้างชำระค่าเช่าซื้อ 2 งวดติดต่อกันแล้ว โจทก์ก็ยังยอมรับชำระค่าเช่าซื้อที่ค้างชำระโดยมิได้ทักท้วง ย่อมแสดงว่า ในทางปฏิบัติโจทก์จำเลยมิได้ถือเอากำหนดเวลาชำระค่าเช่าซื้อเป็นสาระสำคัญต่อไป เมื่อจำเลยมิได้ชำระค่าเช่าซื้อตามกำหนดเวลาในสัญญา จะถือว่าจำเลยผิดนัดและสัญญาเช่าซื้อยกเลิกเพิกถอนไปไม่ได้หากโจทก์ประสงค์จะเลิกสัญญา โจทก์จะต้องบอกกล่าวให้จำเลยชำระค่าเช่าซื้อภายในกำหนดเวลาที่สมควร ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387 เสียก่อน และการที่โจทก์ยึดรถคืนเช่าซื้อคืนเพราะเหตุที่จำเลยไม่ชำระค่าเช่าซื้องวดต่อมา และจำเลยยินยอมให้ยึดโดยไม่ได้โต้แย้งถือได้ว่าโจทก์จำเลยต่างสมใจที่จะเลิกสัญญากันโดยปริยายนับแต่วันที่โจทก์ยึดรถคืนเช่าซื้อคืน คู่สัญญาจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม

กระทำมิได้จนกว่าจะได้บอกกล่าวให้ผู้เช่าซื้อชำระค่าเช่าซื้อภายในกำหนดเวลาที่สมควรเสียก่อน การที่ผู้ให้เช่าซื้อมิได้บอกเลิกสัญญาเช่าซื้อโดยชอบแต่กลับเข้ายึดรถคันเช่าซื้อคืนจากผู้เช่าซื้อ ส่วนจำเลยยินยอมคืนโดยมิได้โต้แย้งคัดค้านถือว่าโจทก์จำเลยต่างสมครใจที่จะเลิกสัญญากันโดยปริยายแล้ว คู่สัญญาจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม

จากข้อพิจารณาในเรื่องผลในทางกฎหมายของการเลิกสัญญาเช่าซื้อนั้น การศึกษาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบทำให้เข้าใจได้ว่าสัญญาเช่าซื้อถือเป็นสัญญาที่มีลักษณะก่อหนี้ให้คู่กรณีปฏิบัติชำระอย่างต่อเนื่อง (continuing contract) และผลในทางกฎหมายที่เหมาะสมของการเลิกสัญญาที่มีลักษณะต่อเนื่องทั้งในระบบกฎหมายไทยซึ่งอย่างน้อยที่สุดก็ในความเห็นทางวิชาการ ระบบกฎหมายเยอรมัน และระบบกฎหมายอังกฤษ มีความสอดคล้องกันว่าควรมีผลทำให้สัญญาเช่าซื้อระงับสิ้นไปอย่างเด็ดขาดไปในอนาคต¹⁴⁴ ส่วนค่าเช่าซื้อในงวดที่ชำระแล้วก่อนการเลิกสัญญาเช่าซื้อย่อมถือเป็นภาระหนี้อันสมบูรณ์และไม่อาจเรียกคืนได้ อีกทั้งเมื่อสัญญาเช่าซื้อสิ้นสุดลงผู้เช่าซื้อย่อมมีหน้าที่ต้องส่งมอบคัรยนต์ที่เช่าซื้อคืนให้แก่ผู้ให้เช่าซื้อตามหลักลามิควรได้อีกด้วย

แต่เมื่อพิจารณาในเรื่องการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยายในระบบกฎหมายไทยและเยอรมันจะเห็นได้ว่าการใช้สิทธิเลิกสัญญานั้นอย่างน้อยที่สุดต้องมีการบอกกล่าวสื่อสารการแสดงเจตนาเลิกสัญญาให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาได้ทราบ อีกทั้งการใช้สิทธิเลิกสัญญาในกรณีที่กำหนดเวลาชำระหนี้มีใช้สาระสำคัญนั้น คู่สัญญาที่จะใช้สิทธิเลิกสัญญาต้องมีการบอกกล่าวกำหนดเวลาพอสมควร (period of grace) เพื่อให้ลูกหนี้ได้แก้ไขข้อบกพร่องหรือปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาอีกด้วย ด้วยเหตุนี้การเข้ายึดทรัพย์สินที่เช่าซื้อโดยมิได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยชอบจึงถือเป็นการกระทำที่โต้แย้งสิทธิของผู้เช่าซื้อและทำให้สัญญาเช่าซื้อไม่ระงับสิ้นไป แต่อย่างไรก็ตามเมื่อผู้เช่าซื้อมิได้โต้แย้งคัดค้านการเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เช่าซื้อ ประกอบกับการผู้ให้เช่าซื้อได้นำทรัพย์สินที่เช่าซื้อไปจำหน่ายจ่ายโอนให้แก่บุคคลภายนอกแล้ว ย่อมมีผลทำให้คู่สัญญาทั้งสองไม่อยู่ในสถานะที่พร้อมจะปฏิบัติชำระหนี้ตอบแทนที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตอีกต่อไป และทำให้เข้าใจได้คู่สัญญาทั้งสองมีเจตนาที่แท้จริงให้เกิดการระงับหรือเลิกสัญญาเช่าซื้ออย่างเด็ดขาดไปในอนาคตแล้ว และน่าจะถือได้ว่าคู่สัญญาทั้งสองสมครใจเลิกสัญญาเช่าซื้อโดยปริยาย และด้วยเหตุนี้การที่ศาลฎีกามีคำวินิจฉัยในเรื่องผลของการที่คู่สัญญาทั้งสองสมครต่างสมครใจที่จะเลิกสัญญากันโดยปริยายและให้อีกฝ่ายหนึ่งได้

¹⁴⁴ โปรดตุ จตุพล หวังสู่วัฒนา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น. 67-71, และดู จิต เศรษฐบุตร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 14*, น. 286-287, และดู ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 498-499.

กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมนั้นอาจไม่เหมาะสมแก่สัญญาเช่าซื้อที่มีลักษณะที่ก่อหนี้อย่างต่อเนื่องด้วย

ผู้เขียนมีข้อสังเกตต่อไปว่า การที่ผู้เช่าซื้อโต้แย้งคัดค้านการเข้ายึดทรัพย์สินที่เช่าซื้อของผู้ให้เช่าซื้อในภายหลังจากยอมคืนทรัพย์สินที่เช่าซื้อไปแล้ว เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 876/2534¹⁴⁵ น่าจะถือได้ว่าผู้เช่าซื้อไม่ได้มีเจตนาที่จะเลิกสัญญากับผู้ให้เช่าซื้อและทำให้การเลิกสัญญาเช่าซื้อโดยปริยายในกรณีดังกล่าวไม่น่าจะเกิดขึ้นได้ ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาของศาลฎีกาเนื่องจากการเลิกสัญญาโดยปริยายควรตั้งอยู่บนฐานของเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย อีกทั้งการยินยอมให้มีการเลิกสัญญาโดยปริยายแม้จะมีการโต้แย้งสิทธิกันระหว่างคู่กรณีอยู่อาจทำให้เกิดความไม่มั่นคงในนิติฐานะของคู่กรณีตามสัญญาได้

5.4.5 กรณีที่ผู้ให้เช่าซื้อใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยมิชอบและเข้ายึดทรัพย์สินที่เช่าซื้อคืน แต่ผู้เช่าซื้อมิได้โต้แย้งคัดค้าน

การที่ผู้ซื้อที่ดินที่มีเพียงสิทธิครอบครองไม่ชำระค่าที่ดินส่วนที่เหลือ ทำให้ผู้ขายที่ดินมีสิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวตามกฎหมาย แต่ก็มีได้แสดงเจตนาเลิกสัญญาต่อกัน ในทางกลับกันได้นำคดีขึ้นฟ้องร้องโดยมีเจตนาที่จะเรียกคืนทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ดินได้กระทำให้แก่อีกฝ่าย

¹⁴⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 876/2534 แม้สัญญาเช่าซื้อระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 1 จะมีข้อตกลงว่าหากโจทก์ผิดนัดไม่ชำระค่าเช่าซื้อสองงวดติดต่อกัน ถือว่าสัญญาเช่าซื้อเลิกกันโดยไม่ต้องบอกกล่าว แต่เมื่อโจทก์เคยผิดนัดไม่ชำระค่าเช่าซื้อสองงวดต่อกันแล้ว จำเลยที่ 1 ยังยอมรับค่าเช่าซื้อที่ค้างชำระและคืนรถยนต์ที่ยึดแก่โจทก์ ถือว่าจำเลยที่ 1 มิได้ถือเอากำหนดเวลาชำระค่าเช่าซื้อตามสัญญาเป็นสาระสำคัญอีกต่อไปเมื่อจำเลยที่ 1 จะเลิกสัญญาเช่าซื้อจะต้องบอกกล่าวแก่โจทก์ตาม ป.พ.พ. มาตรา 387 ก่อน การที่โจทก์ผิดสัญญาไม่ชำระค่าเช่าซื้อสองงวดติดต่อกัน และจำเลยที่ 1 ยึดรถคืนจากโจทก์ โจทก์อ้างแต่เพียงว่าการยึดรถยนต์ของจำเลยที่ 1 แต่ละครั้งไม่ชอบ แต่โจทก์ยอมชำระค่าเช่าซื้อให้และในการผิดนัดครั้งที่สามโจทก์ไม่ยอมรับผิดในหน้อย่างอื่น ตามที่จำเลยที่ 1 เรียกเรื่องอีก จึงตกลงกันไม่ได้ เท่ากับว่าโจทก์ยินยอมให้จำเลยที่ 1 ยึดรถยนต์คืนไปโดยมิได้โต้แย้งว่า การยึดไม่ชอบ พฤติการณ์ดังกล่าวถือได้ว่าโจทก์กับจำเลยที่ 1 สมควรใจที่จะเลิกสัญญาเช่าซื้อต่อกันโดยปริยายนับแต่วันที่จำเลยที่ 1 ยึดรถยนต์ที่เช่าซื้อคืน โจทก์และจำเลยที่ 1 ต่างต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งกลับคืนฐานะเดิม จำเลยที่ 1 จึงชอบที่จะเข้าครอบครองและยึดรถยนต์คืนจากโจทก์ได้ ไม่เป็นการผิดสัญญาและละเมิดต่อโจทก์ ส่วนกระบวนบรรทุกเดิม พร้อมอุปกรณ์ที่ติดกับรถยนต์ที่เช่าซื้อที่โจทก์ได้ทำขึ้น จำเลยที่ 1 จะต้องคืนให้โจทก์ โจทก์กับจำเลยที่ 1 จะเรียกค่าเสียหายใด ๆ ต่อกันไม่ได้

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 7740/2555¹⁴⁶ ขอให้จริงโดยสังเขปเป็นกรณีที่ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งดำเนินการฟ้องขับไล่คู่กรณีอีกฝ่ายออกจากที่ดินที่ทำสัญญาซื้อขายสิทธิครอบครอง ต่อกัน ด้วยเหตุที่ผู้ซื้อไม่ชำระหนี้ค่าที่ดินส่วนที่เหลือ

เมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมายในเรื่องการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยายในระบบกฎหมายไทยจะเห็นได้ว่าเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวตามข้อกฎหมายเนื่องจากอีกฝ่ายมิได้ชำระหนี้ตามสัญญา จะต้องมีการแสดงเจตนาเลิกสัญญาให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาได้ทราบตามหลักทั่วไปว่าด้วยการแสดงเจตนา อย่างไรก็ตามการนำคดีขึ้นฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้ขับไล่จำเลยออกจากที่ดินอาจถือได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ เนื่องจากวัตถุประสงค์ทั่วไปของการใช้สิทธิเลิกสัญญาย่อมได้แก่การทำให้สัญญาที่มีผลบังคับไปอย่างเด็ดขาด และเมื่อพิจารณาความมุ่งหมายของการฟ้องคดีที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาอาจกล่าวได้ว่าคู่สัญญาฝ่ายฟ้องขับไล่ประสงค์ที่จะขอให้ศาลบังคับให้อีกฝ่ายทำให้ตนเองได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมซึ่งเป็นผลทางสารบัญญัติทั่วไปของการเลิกสัญญาซื้อขายที่มีลักษณะก่อให้เกิดหนี้คราวเดียว อย่างไรก็ตามหากศาลฎีกาเห็นว่าคู่สัญญาทั้งสองมีเจตนาที่แท้จริงที่มุ่งจะระงับหรือเลิกสัญญาซื้อขายอย่างเด็ดขาดเนื่องจากคู่สัญญามุ่งที่จะให้เกิดการกลับคืนสู่ฐานะเดิม กล่าวคือให้ฝ่ายหนึ่งส่งมอบคืนที่ดินและอีกฝ่ายส่งมอบเงินค่าที่ดินคืน ก็อาจฟังได้ว่าเป็นการจัดทำข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายก็ได้ และผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าไม่ว่าจะเลิกสัญญา

¹⁴⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 7740/2555 ที่ดินพิพาทมีเพียงสิทธิครอบครอง โจทก์ผู้จะขายทำสัญญากับจำเลยทั้งสองผู้จะซื้อว่า ที่ดินพิพาทราคา 1,500,000 บาท จะทำการโอนที่ดินใน ภ.บ.ท. 5 ให้แก่จำเลยทั้งสองและจำเลยทั้งสองได้วางมัดจำให้โจทก์ไว้เป็นเงิน 730,000 บาท ตามหนังสือสัญญาจะซื้อขายหรือสัญญาวางมัดจำเป็นแบบพิมพ์สำเร็จรูปซึ่งมีการกรอกข้อความไปตามรายการในแบบพิมพ์เพื่อให้เป็นหลักฐานเท่านั้น แต่โดยเจตนาของโจทก์และจำเลยทั้งสองแท้จริงแล้ว เป็นการทำสัญญาซื้อขายสิทธิครอบครองที่ดินพิพาทกัน เพราะที่ดินพิพาทไม่มีเอกสารแสดงสิทธิใดๆ คงมีเพียงสิทธิครอบครองโดยการยึดถือเท่านั้น จึงสามารถโอนการครอบครองแก่กันได้ด้วยวิธีส่งมอบที่ดินที่ครอบครองตาม ป.พ.พ. มาตรา 1378 เมื่อโจทก์ส่งมอบการครอบครองที่ดินพิพาทให้จำเลยทั้งสองแล้ว จึงเป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาครบถ้วน จำเลยทั้งสองย่อมมีหน้าที่ชำระราคาส่วนที่เหลือให้แก่โจทก์และเมื่อจำเลยทั้งสองไม่ชำระราคาส่วนที่เหลือ แทนที่โจทก์จะฟ้องบังคับให้จำเลยทั้งสองชำระเงินตามสัญญา แต่โจทก์กลับมากฟ้องขับไล่จำเลยทั้งสองเป็นคดีนี้ และจำเลยที่ 2 ก็ฟ้องแย้งขอให้โจทก์คืนเงินค่าที่ดินที่รับไว้จำนวน 730,000 บาท กรณีจึงถือได้ว่าคู่สัญญาต่างสมัครใจเลิกสัญญาซื้อขายสิทธิครอบครองที่ดินพิพาทต่อกัน คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมตาม ป.พ.พ. มาตรา 391 วรรคหนึ่ง

ข้อหาสิทธิครอบครองโดยปริยายจะเกิดขึ้นจากการที่ทั้งสองสมัครใจเลิกสัญญาโดยปริยายหรือถือว่าการฟ้องขับไล่เป็นการใช้สิทธิเลิกสัญญา

5.5 สรุป

เมื่อพิจารณาแนวคำพิพากษาของไทยในเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยายเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายในเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยายที่ได้ศึกษา ทำให้เห็นได้ว่าแนวคำพิพากษาฎีกาในเรื่องการเลิกสัญญาในบางเรื่องอาจไม่สอดคล้องกับเรื่องข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายที่มีพื้นฐานจากการทำคำเสนอขอเลิกสัญญาโดยชัดแจ้งและคำสนองโดยปริยาย ยิ่งกว่านั้นในบางกรณีศาลฎีกาไทยได้ตีความโดยนำพฤติการณ์ของคู่สัญญาที่เกิดขึ้นอย่างไม่ชัดแจ้งเข้ามาเป็นข้อสันนิษฐานว่าคู่สัญญาได้สมัครใจเลิกสัญญาโดยปริยายอีกด้วย

และอาจกล่าวได้ว่า ผลการศึกษาหลักกฎหมายในเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยายที่เกิดขึ้นจากเจตนาสองฝ่ายในระบบกฎหมายไทย อาจจำแนกได้เป็นอีกสองกรณีดังต่อไปนี้

1) การเลิกสัญญาโดยปริยายที่เกิดขึ้นจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งคำเสนอขอเลิกสัญญาโดยชัดแจ้งและคำสนองโดยปริยาย และควรตั้งอยู่บนฐานของมีเจตนาที่แท้จริงร่วมกันของคู่กรณีที่จะระงับหรือเลิกสัญญาไปอย่างเด็ดขาดจริงจัง

2) การเลิกสัญญาโดยพฤติการณ์ของคู่สัญญาสองฝ่ายที่มีความไม่ชัดเจนอย่างยิ่ง เช่น แนวคำพิพากษาฎีกาในเรื่องที่คู่สัญญาทั้งร่างโดยมิได้มีการติดต่อทวงถามหรือไม่นำพาต่อการปฏิบัติตามสัญญา เป็นต้น ซึ่งกรณีการเลิกสัญญาโดยพฤติการณ์ดังกล่าว นั้น ศาลฎีกาได้ตีความอย่างกว้างไปกว่าการเลิกสัญญาโดยปริยายที่มีพื้นฐานจากหลักการทำคำเสนอขอเลิกสัญญาโดยชัดแจ้งและคำสนอง และผู้เขียนเข้าใจว่าการเลิกสัญญาโดยพฤติการณ์จำเป็นต้องปรับใช้ในลักษณะที่จำกัดอย่างยิ่งมิเช่นนั้นอาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงในนิติฐานะตามสัญญาของเอกชนและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาได้

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

การศึกษาเบื้องต้นในเรื่องการเลิกสัญญาในระบบกฎหมายไทยพบว่ามีความพิพาทของศาลฎีกาจำนวนหนึ่งที่วินิจฉัยว่าสัญญาอาจเลิกกันได้ด้วยเหตุที่คู่สัญญาทั้งสองสมัครใจเลิกสัญญาโดยปริยาย กล่าวคือการเลิกสัญญาอาจทำได้โดยปริยาย แต่ก็ยังมีความไม่ชัดเจนอยู่ และเมื่อพิจารณาจากคำอธิบายในทางตำราพบว่าการแสดงเจตนาทำนิติกรรมของบุคคลอาจกระทำในรูปแบบใดก็ได้ตามหลักอิสระทางแพ่งไม่ว่าจะกระทำโดยชัดแจ้งหรือปริยายก็ตาม วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงได้ศึกษาเพื่อตอบปัญหาสำคัญในทางวิชาการที่ว่าระบบกฎหมายของไทยยอมรับให้มีการเลิกสัญญาโดยปริยายหรือไม่ และอาจเนื่องด้วยข้อจำกัดของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ไม่อาจอำนวยความสะดวกให้เกิดขึ้นแก่ความสัมพันธ์ที่ซับซ้อนระหว่างคู่กรณีซึ่งในบางกรณีที่ความสัมพันธ์ตามสัญญาไม่อาจดำเนินต่อไปได้อย่างราบรื่นนั้น ศาลฎีกาในฐานะศาลสูงสุดในระบบกฎหมายเอกชนจึงได้เข้ามาพิเคราะห์พฤติการณ์ที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาและมีคำวินิจฉัยว่าคู่สัญญามีเจตนาที่จะเลิกสัญญาต่อกันโดยปริยาย แต่อย่างไรก็ตามข้อโต้แย้งสำคัญต่อแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาของไทยในเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยายย่อมหลีกเลี่ยงไม่พ้นเรื่องความไม่ชัดเจนและตรงไปตรงมาในคำวินิจฉัย อีกทั้งหลายครั้งพบว่าแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาขาดเหตุผลสนับสนุนในทางกฎหมายอย่างเพียงพอ

และจากการศึกษาทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายต่างประเทศทำให้ได้ข้อสรุปโดยสังเขปเกี่ยวกับลักษณะทางกฎหมายและขอบเขตของการเลิกสัญญาสัญญาโดยปริยายดังต่อไปนี้

6.1.1 การใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวอาจกระทำได้โดยปริยาย

การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะมีสิทธิเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวต้องมีสิทธิตามที่ข้อสัญญาหรือข้อกฎหมายกำหนดไว้ แต่ทั้งนี้การใช้สิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวดังกล่าวอาจทำได้ด้วยการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งและโดยปริยายอีกด้วย และในการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยปริยายนั้น คู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิเลิกสัญญาต้องมีการกระทำที่แสดงออกถึงแม้จะไม่ชัดเจนว่าผู้กระทำมีความประสงค์ต่อสิ่งใด แต่เมื่อพิจารณาโดยชอบด้วยเหตุผลก็อาจสันนิษฐานได้ว่าผู้กระทำมีเจตนาที่จะใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ และเนื่องจากการใช้สิทธิเลิกสัญญาถือเป็นการแสดงเจตนาทั่วไปที่ต้องมีบุคคลผู้รับเจตนา การใช้สิทธิเลิกสัญญาย่อมตกอยู่ภายใต้หลักการแสดงเจตนาอีกด้วย กล่าวคือการแสดงเจตนาที่กระทำคำเสนอที่อยู่

เฉพาะหน้าก็ต้องมีการบอกกล่าวสื่อสารให้ผู้รับเจตนาทราบและเข้าใจได้ตามทฤษฎีรู้เจตนาหรือหลักรู้เจตนา (principle of perception) แต่ถ้าเป็นการแสดงเจตนาที่กระทำต่อผู้ทำคำเสนอที่ไม่อยู่เฉพาะหน้าก็ต้องมีการส่งคำสนองไปถึงผู้รับเจตนาตามทฤษฎีรับหลักการรับเจตนา (principle of reception)

6.1.2. การเลิกสัญญาที่เกิดขึ้นจากเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอาจกระทำได้โดยปริยาย

6.1.2.1 คำเสนอขอเลิกสัญญาต้องกระทำโดยชัดแจ้งเท่านั้น

ระบบกฎหมายไทยมีคำอธิบายในทางตำราที่ว่าคำเสนอต้องมีความชัดเจนและแน่นอนเพียงพอที่จะให้เกิดเป็นสัญญาได้ทันทีเมื่ออีกฝ่ายมีคำสนองรับกลับมา และอาจเนื่องด้วยระบบกฎหมายไทยมิได้การแบ่งแยกระหว่างสัญญาในทางหนี้และสัญญาในทางทรัพย์สินอย่างชัดเจนเช่นดังระบบกฎหมายเยอรมัน ด้วยเหตุนี้ทำให้อาจเข้าใจได้ว่าในระบบกฎหมายไทยคำเสนอขอทำสัญญาไม่ว่าจะเป็นสัญญาประเภทใดก็ตามต้องมีกระทำโดยชัดแจ้งเสมอ แม้ว่าท่านศาสตราจารย์เสนีย์ ปราโมช จะเคยได้ให้ตัวอย่างในทางตำราว่าคำเสนออาจกระทำได้โดยปริยายซึ่งต้องดูเป็นกรณีไป อีกทั้งมีคำพิพากษาฎีกาที่ 1013/2509 ซึ่งมีคำวินิจฉัยที่อาจทำให้เข้าใจว่าการแสดงเจตนาทำคำเสนออาจกระทำได้โดยปริยายก็ตาม แต่ผู้เขียนก็ให้ข้อสังเกตไว้แล้วว่าข้อความคิดที่คำเสนออาจทำได้โดยปริยายอาจได้รับอิทธิพลจากบรรทัดฐานของคำพิพากษาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษ ซึ่งแตกต่างไปจากระบบกฎหมายไทยที่ถือว่าเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์และมีกระบวนการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้นตามรูปแบบ ‘*pandect code*’ ที่มีประมวลกฎหมายเยอรมันเป็นต้นแบบ

6.1.2.2 เนื้อหาของคำเสนอขอเลิกสัญญา

คำเสนอขอเลิกสัญญาต้องครบถ้วนในสาระสำคัญที่แสดงให้เห็นว่าผู้เสนอมีความประสงค์ที่จะขอเลิกหรือระงับความผูกพันตามสัญญาฉบับเดิมไปอย่างเด็ดขาด และต้องมีความชัดเจนแน่นอนถึงขนาดที่ว่าจะมีผลเป็นการเลิกสัญญาโดยทันทีที่อีกฝ่ายมีคำสนองรับกลับมา แต่ก็ไม่จำเป็นถึงขนาดที่จะต้องกำหนดรายละเอียดไปจนถึงเรื่องผลของการเลิกสัญญาว่าจะให้มีผลย้อนหลังเป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณีหรือทำให้สัญญาระงับสิ้นผลไปในอนาคตแล้วแต่กรณี เนื่องจากแม้ว่าคู่กรณีจะได้ตกลงในรายละเอียดเรื่องผลของการเลิกสัญญาว่าจะให้มีผลเป็นประการใด แต่อย่างน้อยที่สุดผลของการเลิกสัญญาทั่วไปก็มีบทบัญญัติกฎหมายในมาตรา 391 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่กำหนดผลในทางสารบัญญัติของการเลิกสัญญาทั่วไปไว้แล้ว ส่วนจะเหมาะสมหรือไม่ประการใดนั้นเป็นอีกกรณีหนึ่ง

6.1.2.3 คำสนองรับคำขอลีกสัญญาที่นั้นอาจกระทำได้โดยปริยาย

ระบบกฎหมายไทยมีความสอดคล้องกับระบบกฎหมายเยอรมัน กล่าวคือคำสนอง ต้องมีการสื่อสารกลับไปสู่ผู้ทำคำเสนอ กล่าวคือถ้าเป็นคำสนองที่กระทำต่อผู้ทำคำเสนอที่อยู่เฉพาะหน้าก็ต้องมีการบอกกล่าวสื่อสารให้ผู้รับเจตนาทราบและเข้าใจได้ตามทฤษฎีรู้เจตนาหรือหลักรู้เจตนา (principle of perception) แต่ถ้าเป็นการทำคำสนองที่กระทำต่อผู้ทำคำเสนอที่ไม่อยู่เฉพาะหน้าก็ต้องมีการส่งคำสนองไปถึงผู้รับเจตนาตามทฤษฎีรับหลักการรับเจตนา (principle of reception) ซึ่งในระบบกฎหมายเยอรมันได้อธิบายต่อไปว่าการสื่อสารคำสนองไปถึงขอบเขตแห่งความรู้ของผู้รับเจตนาที่เพียงพอที่จะทำให้เกิดการสื่อสารเจตนาต่อบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้ามีผลสมบูรณ์ แต่การสื่อสารคำสนองไปสู่ผู้ทำคำเสนอมีข้อยกเว้นในกรณีที่ผู้ทำคำเสนอได้แสดงเจตนายกเว้นไว้หรือมีปกติประเพณีว่าไม่ต้องการบอกกล่าวเช่นนั้นตามมาตรา 386 วรรคสอง ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าคำสนองรับคำขอลีกสัญญาที่นั้นอาจกระทำได้โดยปริยาย ในความหมายที่ว่าผู้ทำคำสนองไม่จำเป็นต้องสื่อสารคำสนองรับกลับไปสู่ผู้ทำคำเสนอ

ทั้งนี้ปัจจุบันก็ยังไม่มีปรากฏแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยอย่างชัดเจนว่าการทำคำสนองรับคำขอลีกสัญญาโดยปริยายในกรณีใดที่จะมีปกติประเพณีที่ไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวคำสนองกลับไปหาผู้ทำคำเสนอ และอาจต้องรอให้ศาลฎีกามีคำวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวต่อไป

6.1.3 ข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยาย

ข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายถือเป็นสัญญาไม่มีชื่อและเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่ไม่ตั้งอยู่บนฐานของเอกเทศสัญญาใดๆ หรือปรากฏอยู่ในบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายที่อาจแสดงให้เห็นสภาพหรือลักษณะในทางกฎหมายของข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายเอาไว้เลย ทำให้หลักกฎหมายที่นำมาปรับใช้แก่กรณีมักปรากฏจากคำวินิจฉัยของศาลที่ได้นำหลักกฎหมายดั้งเดิมที่อยู่ในประมวลกฎหมายเข้ามาปรับใช้ในลักษณะเทียบเคียง (by analogy) อย่างไรก็ตามในระบบกฎหมายเยอรมัน มีการกำหนดผลในทางกฎหมายสารบัญญัติของการใช้สิทธิเลิกสัญญาทั่วไปบัญญัติอยู่ในมาตรา 346 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งกำหนดให้คู่กรณีเกิดการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (restitutio in integrum) และมีการแบ่งแยกผลของการใช้สิทธิเลิกสัญญาที่มีลักษณะต่อเนื่อง (continuing contract) ออกจากการเลิกสัญญาทั่วไปโดยให้ถือเป็นข้อยกเว้นของหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม กล่าวคือให้การเลิกสัญญาที่มีลักษณะต่อเนื่องมีผลสิ้นสุดลงไปในอนาคตโดยไม่มีผลย้อนหลัง ด้วยเหตุนี้ทำให้ผู้เขียนเชื่อว่าศาลเยอรมันน่าจะนำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมทั้งสองประการมาปรับใช้แก่ผลของข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายตามความเหมาะสมแก่กรณี แต่ในทางกลับกันระบบกฎหมายไทยมิได้มีการแบ่งแยกผลของการเลิกสัญญาระหว่างสัญญาทั่วไปและสัญญาที่

มีลักษณะต่อเนื่องเช่นที่ระบบกฎหมายเยอรมันได้กระทำ แต่ก็เข้าใจว่าข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายในระบบกฎหมายไทยจึงถือเป็นนิติกรรมสองฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิในลักษณะการระงับสิทธิหน้าที่ตามสัญญาเดิมไปอย่างเด็ดขาด ส่วนจะระงับสิ้นไปเมื่อใดหรือผลของการเลิกสัญญาจะเป็นอย่างไรนั้นเข้าใจว่าเป็นไปตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกันตามหลักอิสระทางแพ่ง

ด้วยเหตุนี้หากคู่สัญญามิได้ตกลงในรายละเอียดเรื่องผลของข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายไว้นั้น ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยวินิจฉัยว่าให้นำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณีเข้ามาปรับใช้แก่ข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายโดยไม่มีการแบ่งแยกประเภทของสัญญาที่จะถูกเลิกว่ามีลักษณะที่ก่อหนี้ให้ปฏิบัติชำระคราวเดียวหรือเป็นสัญญาที่ก่อหนี้ให้ปฏิบัติชำระอย่างต่อเนื่อง ซึ่งมีแนวคำอธิบายในทางตำราได้แย้งว่าการนำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมมาใช้แก่สัญญาที่ก่อหนี้ให้ปฏิบัติชำระอย่างต่อเนื่องอาจก่อให้เกิดความไม่เหมาะสมและอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมได้ ซึ่งรายละเอียดจะได้สรุปในเรื่องผลของการเลิกสัญญาโดยปริยายต่อไป

6.1.3.1 การเลิกสัญญาโดยปริยายในสัญญาที่มีมูลค่ามาก

ข้อตกลงเลิกสัญญาที่จัดทำขึ้นนั้นมุ่งระงับสิ้นไปซึ่งสัญญาที่มีมูลค่าสูง ผู้เขียนเข้าใจว่าข้อตกลงเลิกสัญญาดังกล่าวน่าจะถือว่าเป็นสัญญาที่ต้องมีการเจรจาอภิปรายให้เป็นที่เข้าใจดีทั้งสองฝ่ายแล้วจึงจะถือว่าคำเสนอและสนองถูกต้องตรงกันและทำให้ข้อตกลงเลิกสัญญาที่มีมูลค่ามากนั้นจึงจะเกิดขึ้นได้ และทำให้เข้าใจได้ว่าตามระบบกฎหมายไทยนั้นการทำข้อตกลงเลิกสัญญาโดยปริยายในการเลิกสัญญาที่มีมูลค่าสูงจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย แต่ในทางกลับกันถ้าสัญญาที่จะต้องถูกเลิกนั้นเป็นสัญญาที่ทำตามปกติในชีวิตประจำวันและไม่มีมูลค่าสูงนั้น เมื่อพิจารณาตามแนวคำอธิบายในทางตำราและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยแสดงให้เห็นว่าข้อสาระสำคัญของการเลิกสัญญามิได้อยู่ที่ผลในทางสารบัญญัติของการเลิกสัญญาว่าจะให้สัญญาะงับสิ้นไปในลักษณะย้อนหลังหรือมีผลสิ้นสุดไปในอนาคตแต่อย่างใด แต่อยู่ที่คู่กรณีเข้าทำข้อตกลงโดยสมัครใจที่จะระงับสัญญาฉบับเดิมไปอย่างเด็ดขาดเท่านั้นก็เพียงพอแล้วที่จะทำให้การเลิกสัญญาโดยปริยายเกิดขึ้น

6.1.3.2 การเลิกสัญญาโดยปริยายที่คำเสนอและคำสนองไม่ถูกต้องตรงกัน แต่คู่สัญญาไม่เจตนาที่แท้จริงให้มีการเลิกสัญญาหรือมีการกระทำที่เชื่อถือว่ามีการเลิกสัญญาเกิดขึ้น

แม้ว่าโดยทั่วไปการที่คู่สัญญามิได้ตกลงในเรื่องสาระสำคัญของสัญญาจะทำให้ไม่มีสัญญาเกิดขึ้นเลย แต่ในบางข้อความที่ไม่สำคัญคู่สัญญาก็มิได้ตกลงกันหรืออาจคาดไม่ถึงว่าต้องตกลงในเรื่องดังกล่าวด้วย และด้วยเหตุนี้ทำให้คำเสนอและคำสนองในข้อที่ไม่สำคัญข้อนี้จึงไม่จำเป็นต้องตกลงก็ได้ และเมื่อคู่สัญญาตกลงกันในข้อสาระสำคัญเรียบร้อยแล้วสัญญาย่อมเกิดขึ้นตามข้อสันนิษฐานในมาตรา 367 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ด้วยเหตุนี้ถ้าคู่กรณีแห่งสัญญามีพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นว่ามีเจตนาที่แท้จริงร่วมกันที่จะทำให้สัญญาระงับสิ้นไปอย่างเด็ดขาด ก็เข้าใจว่าน่าจะเพียงพอแล้วที่จะทำให้สัญญาเลิกกันโดยปริยายได้ อีกกว่านั้นหากคู่สัญญามีการส่งมอบคืนทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ได้รับจากอีกฝ่ายหนึ่งในลักษณะที่ทำให้อีกฝ่ายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม หรือมีการส่งมอบคืนทรัพย์สินที่ตนได้ครอบครองอยู่ในลักษณะของการคืนทรัพย์สินที่ตนได้มีอยู่โดยปราศจากมูลอันจะอ้างตามกฎหมายซึ่งเป็นลาภมิควรได้ ก็ยิ่งทำให้เข้าใจได้อย่างหนักแน่นว่าคู่สัญญามีความเชื่อถือว่าสัญญาได้เลิกกันอย่างเด็ดขาดแล้ว และไม่มีเหตุผลอื่นใดที่จะส่งมอบคืนทรัพย์สินนั้นนอกเสียจากว่าสัญญาได้เลิกกันแล้ว

อย่างไรก็ตามการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งติดต่อขอยกเลิกสัญญาโดยไม่มีสิทธิและเสนอที่จะคืนเงินหรือประโยชน์ตามสัญญาให้แก่อีกฝ่ายอาจถือได้ว่าเป็นการทำคำเสนอขอลีกสัญญาโดยชัดแจ้งก็ตาม แต่การที่คู่สัญญาอีกฝ่ายยอมรับเงินหรือทรัพย์สินคืนก็มีได้หมายความว่า เป็นการทำคำสนองรับให้เกิดเป็นการเลิกสัญญาโดยปริยายเสมอไป เนื่องจากการยอมรับเงินอาจเกิดขึ้นจากการหลงเชื่อในคำกล่าวอ้างของคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องการจะเลิกสัญญาก็ได้ หรืออาจเป็นการกระทำเพื่อบรรเทาความเสียหายในเบื้องต้นเสียก่อนที่จะดำเนินคดีภายหลังก็ได้ เช่นกรณีคดีโรงพยาบาลกรุงเทพ ยกเลิกสัญญารักษาพยาบาลตลอดชีพที่ได้กล่าวไปแล้ว และศาลแพ่งก็มีคำวินิจฉัยแล้วว่าโรงพยาบาลกรุงเทพไม่อาจเลิกสัญญาได้แต่ต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไปซึ่ง

6.2 ข้อเสนอแนะ

6.2.1 ข้อเสนอแนะในการใช้และตีความกฎหมายในเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยาย

ดังที่กล่าวไปข้างต้นว่าการเลิกสัญญาโดยปริยายเกิดขึ้นบนฐานแห่งหลักอิสระในทางแพ่งของคู่กรณีที่สามารถเลือกวิธีการในการแสดงเจตนาอย่างใดก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ตาม แต่ประเด็นสำคัญของการใช้และตีความในเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยายย่อมได้แก่ ปัญหาที่ว่าผู้ใช้กฎหมายจะสามารถอธิบายปรากฏการณ์หรือพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาที่ไม่ชัดแจ้งว่าเป็นการเลิกสัญญาได้อย่างไร และทำอย่างไรที่จะจำกัดขอบเขตของการเลิกสัญญาโดยปริยายให้ชัดเจนเพื่อมิให้เกิดการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงในนิติฐานะตามสัญญาของเอกชนโดยไม่ ด้วยเหตุนี้บทสรุปของการศึกษาในเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยายและข้อสังเกตต่างๆ ที่ได้กล่าวไปข้างต้นจะเป็นเครื่องช่วยพิจารณาพฤติการณ์ของคู่สัญญาในเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยายไม่มากนักน้อย อีกทั้งยังช่วยจำกัดขอบเขตการเลิกสัญญาโดยปริยายที่ปราศจากหลักกฎหมายรองรับอีกด้วย เช่น สัญญาที่มีมูลค่ามากเข้าใจว่าน่าจะไม่สามารถเลิกสัญญาโดยปริยายได้ เป็นต้น

นอกจากนี้ในเรื่องของการเลิกสัญญาโดยพฤติการณ์ตามแนวคำพิพากษาฎีกาของไทย เช่น แนวคำพิพากษาฎีกาที่คู่สัญญาทั้งร่างหรือไม่นำพาต่อการปฏิบัติตามสัญญา เป็นต้น ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าศาลฎีกาได้ตีความอย่างกว้างขวาง และเกินไปกว่าหลักการในเรื่องการเลิกสัญญาโดยปริยายซึ่งมีพื้นฐานจากการทำคำเสนอโดยชัดแจ้งและคำสนองโดยปริยาย และด้วยเหตุที่การเลิกสัญญาโดยพฤติการณ์ตามแนวคำพิพากษาฎีกาของไทยตั้งอยู่บนฐานของพฤติการณ์หรือการกระทำที่ไม่ชัดแจ้งระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะว่าปรับใช้เรื่องการเลิกสัญญาโดยพฤติการณ์น่าจะต้องมีความเคร่งครัดอย่างยิ่ง มิเช่นนั้นแล้วการเลิกสัญญาโดยพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นง่ายเกินไปอาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงในนิติฐานะตามสัญญาของเอกชน และอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาที่มีได้มีเจตนาที่แท้จริงที่จะเลิกสัญญาได้ อีกทั้งยังขัดต่อหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาอีกด้วย โดยข้อขัดแย้งทั้งหลายเหล่านี้ถือเป็นสิ่งที่ไม่พึงประสงค์อย่างยิ่งในระบบกฎหมายเอกชน

6.2.2 ข้อเสนอแนะในการตีความในเรื่องผลของการเลิกสัญญาโดยปริยาย

สำหรับเรื่องผลของการเลิกสัญญาที่มีลักษณะต่อเนื่องนั้น ระบบกฎหมายเยอรมันและอังกฤษแสดงให้เห็นแล้วว่าการเลิกสัญญาที่มีลักษณะต่อเนื่องอย่างต่อเนื่อง (continuing contract) ถือเป็นการใช้สิทธิเลิกสัญญาในกรณีพิเศษ (special right) ที่แตกต่างไปจากการเลิกสัญญาโดยทั่วไปหรือสัญญาที่ก่อให้เกิดให้ปฏิบัติชำระคราวเดียว (instantaneous contract) และการเลิกสัญญาที่มีลักษณะต่อเนื่องดังกล่าวย่อมทำให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีผลย้อนหลัง (ex nunc) และถือเป็นข้อยกเว้นของหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมซึ่งเป็นผลของการเลิกสัญญาโดยทั่วไปที่มีลักษณะย้อนหลังไปในเวลาที่คู่กรณีเข้าทำสัญญา (ex tunc)

และส่วนในระบบกฎหมายไทยได้พิจารณาไปแล้วว่าการนำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมซึ่งเป็นผลในทางสารบัญญัติของการเลิกสัญญาโดยทั่วไปมาปรับใช้แก่การเลิกสัญญาโดยปริยายในสัญญาที่มีลักษณะต่อเนื่องอย่างต่อเนื่องนั้น มีความไม่เหมาะสม และอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมได้ในบางกรณี ผู้เขียนขออนุญาตให้ข้อเสนอแนะว่าในเบื้องต้นก่อนว่ากรณีที่คู่สัญญาได้ตกลงในรายละเอียดเรื่องผลของการเลิกสัญญาที่มีลักษณะต่อเนื่องไว้ น่าจะสามารถนำหลักที่ถือว่าสัญญาสิ้นสุดลงไปในอนาคตโดยไม่มีผลย้อนหลังเข้ามาปรับใช้แก่กรณีได้ โดยอาศัยวิธีการเทียบเคียงบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ว่าด้วยความระงับของสัญญาเข้าและสัญญาจ้างแรงงาน ที่ตัวบทมักจะใช้คำว่าสัญญาจะมีผล “สิ้นสุดลง” หรือ “ระงับสิ้นไป” ซึ่งต้นร่างภาษาอังกฤษมาตรา 566 และ 562 ใช้ถ้อยคำว่า “to terminate” ซึ่งแตกต่างไปจากคำว่า ‘rescind’ หรือ ‘rescission’ ที่ใช้ในเรื่องการเลิกสัญญาทั่วไป ล้วนทำให้เข้าใจได้ว่าระบบกฎหมายไทยมีการรับรู้ถึงผลของการเลิกสัญญาที่มีลักษณะต่อเนื่องมาโดยตลอด แต่ยังไม่ชัดเจนเท่านี้

บรรณานุกรม

หนังสือและบทความในหนังสือ

- กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์. เลิศเชื้อ. กรุงเทพมหานคร: โสภณพิพรรฒธนากร, 2468.
- กิตติศักดิ์ ปกติ. การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549.
- จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรม. พิมพ์ครั้งที่ 7. แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ถิระวัฒน์. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- _____. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 19. แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ถิระวัฒน์. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- จิตติ ดิงศักดิ์. ปรับปรุงโดย ศนันท์กร โสทธิพันธุ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วยสัญญา บรรพ 2 มาตรา 354-394. กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศักดิ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- จำปี โสทธิพันธุ์. หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 3 ปรับปรุงแก้ไข. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2548.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. อิทธิพลของกฎหมายฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมายไทย. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2539.
- ประชุม โฉมฉาย. หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- ภาควิชานิติศึกษาทางสังคม ปรัชญา และประวัติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. บันทึกคำสัมภาษณ์พระยามานวราชเสวี (ปลอด วิเชียร ณ สงขลา). พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557.
- ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559.
- _____. คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ พร้อมคำอธิบายในส่วนของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 และกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง. พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556.

_____ . คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 21 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560.

เสนีย์ ปราโมช. ชีวลีขิต. กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิชย์, 2541.

_____ . ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่มที่ 1 (ภาค 1 – 2). พิมพ์ครั้งที่ 4 ปรับปรุงแก้ไขโดย มุนินทร์ พงศาปาน. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517.

_____ . ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 18 แก้ไขเพิ่มเติม. สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553)

วิทยานิพนธ์

กรณ์กมล ประเสริฐศักดิ์. “ปัญหากฎหมายของการต่อสัญญาโดยอัตโนมัติ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559.

กรศุทธิ์ ขอฟ่วงกลาง. “กระบวนการในการเกิดสัญญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

จตุพล หวังสุวรรณ. “ผลของการเลิกสัญญาต่างตอบแทน.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540.

ทรงศรี ฟอแรน. “การแก้ไขสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิสภาพนอกอาณาเขตกับประเทศมหาอำนาจในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2506.

วีรวัฒน์ จันทโชติ. “วัตถุประสงค์ของนิติกรรม: ศึกษาเชิงประวัติศาสตร์และเปรียบเทียบ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.

สถิต เสนสุภา. “ปัญหากฎหมายในสัญญาแพคเตอริง (สัญญาที่รับซื้อและให้บริการเกี่ยวกับลูกหนี้การค้า).” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536

สิริธร นิธิเบญญากร. “ปัญหาการนำจารีตประเพณีทางการค้ามาใช้ในกฎหมายไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.

บทความวารสาร

กิตติศักดิ์ พรกติ. บทสัมภาษณ์พิเศษ “ประวัติศาสตร์การร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย.” วารสารนิติศาสตร์. เล่มที่ 4. ปีที่ 42 (ธันวาคม 2556)

มุนินทร์ พงศาปาน. “ความเข้าใจผิดขั้นพื้นฐานในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468.” วารสารนิติศาสตร์. เล่มที่ 4. ปีที่ 42 (ธันวาคม 2556)

_____. “หลักความผิดในกฎหมายลักษณะสัญญาของไทย.” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 43. เล่มที่ 2 (มิถุนายน 2557)

อานนท์ มาเฒ่า. “ข้อสังเกตระหว่างการยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์: กรณีศึกษาบันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ ว่าด้วยข้อกัฏวลต่อการเรียนการสอนกฎหมายในสยาม.” วารสารนิติศาสตร์. เล่มที่ 4. ปีที่ 42 (ธันวาคม 2556) :781.

เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

กิตติศักดิ์ พรกติ. “เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญา (น. ๑๐๑).” <http://www.law.tu.ac.th/teacher/kittisak-prokati>, 25 เมษายน 2561.

แก้วสรร อติโพธิ. “จุดจบของโครงการ Priviledge Card... “ล้านบาท..รักษาทุกโรค.” <https://www.isranews.org/component/content/article/59-isranews/isranews-article/53825-b451745.html/>, 27 กรกฎาคม 2561.

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/, 26 มีนาคม 2561.

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส. http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code_22.pdf/, 26 มีนาคม 2561.

ราชกิจจานุเบกษา. “ประกาศตั้งกรมร่างกฎหมาย.” เล่มที่ 40. วันที่ 28 ตุลาคม 2466. <http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2466/A/128.PDF/>, 26 มีนาคม 2561.

_____. “พระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 และ 2 ที่ได้ตรวจชำระใหม่.” เล่มที่ 42. วันที่ 11 พฤศจิกายน พ.ศ. 2468. น. 1-2. http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2468/A/1_1.PDF/, 26 มีนาคม 2561.

“ศาลสั่งรพ.กรุงเทพคืนสิทธิรักษาสมาชิกไลฟ์พรีเมียม.” <http://www.bangkokbiznews.com/news/detail/784852/>, 27 กรกฎาคม 2561.

“สมาชิกไลฟ์พริวิลิจ รพ.กรุงเทพ ร้อง “สคบ.-ก.ล.ต.” ขอความเป็นธรรมและตรวจสอบธรรมาภิบาล หลังถูกตัดสิทธิรักษาตลอดชีพ ชี้การบอกเลิกสัญญาเข้าข่ายฉ้อโกง.” <https://thaipublica.org/2017/02/life-privilege-club-bdms-8-2-2560/>, 27 กรกฎาคม 2561.

เอกสารอื่น

หอจดหมายเหตุแห่งชาติ. กจช. รัชกาลที่ 5. กย 1/43 เรื่องโรงเรียนกฎหมาย. หนังสือของกรมพระสวัสดิวัดนวิศิษฎ์กราบบังคมทูลในหลวงรัชกาลที่ 6 เกี่ยวกับการจัดทำประมวลกฎหมาย ลงวันที่ 15 มีนาคม พ.ศ. 2456.

_____. เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สคก.3 การประชุมกรรมการร่างกฎหมาย เล่ม 5 (2). ม-สคก 3/5 เรื่องสำเนารายงานการประชุมคณะกรรมการร่างกฎหมาย (1 สิงหาคม – 27 ตุลาคม 2468)

_____. เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา แฟ้ม 9 “Letter No 75/131 from Rene Guyon to Chao Phraya Abhai Raja” (7 March 1925)

_____. เอกสารกรมราชเลขาธิการ รัชกาลที่ 5 กระทรวงยุติธรรม ร.5 ย 23/3. พระราชหัตถเลขากรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์กราบบังคมทูลพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เรื่องการทำโคตสำหรับเมืองไทย (2 ธันวาคม รศ. 122)

_____. เอกสารกรมราชเลขาธิการ รัชกาลที่ 6 กระทรวงยุติธรรม ร.6 ย.2 เรื่องบรรทัดมองซิเออร์ปาตูร์ร้องเรื่องประมวลกฎหมายสำเร็จควรจะคิดเรื่องสอนนักเรียนกฎหมายอย่างธรรมเนียมคอนติเนนต์ (11 มกราคม – 22 มกราคม 2453)

อนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ นายประมูล สุวรรณศร. กรุงเทพมหานคร: ศิวพร, 2524.

BOOKS

Alain A. Levasseur. Comparative Law of Contracts: Cases and Material. North Carolina: Carolina Academic Press, 2008.

Andrew Borkowski. Textbook on Roman Law. London: Blackstone Press, 1994.

Basil S. Markesinis. Hannes Unberath. and Angus Johnston. The German Law of Contract: A Comparative Treatise. 2nd Edition. Oregon: Hart Publishing, 2006.

Barry Nicolas. The French Law of Contract. 2nd Edition, Oxford University Press, 1996

- Chung Hui Wang. The German Civil Code, Translated and Annotated, with Historical Introduction and Appendices. London: Steven and Sons, 1907.
- Fritz Schulz. Classical Roman Law. Oxford: Clarendon, 1951.
- Ewan Mckendrick. Contract Law. 11th Edition. London: Palgrave, 2015.
- _____. Contract Law: Text, Cases and Materials. 3rd Edition. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Guenter H. Treitel. Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account. 3rd Edition. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- Jack Beatson. Andrew Burrows. and John Cartwright. Anson's Law of Contract. 29th Edition. Clarendon: Oxford University Press, 2010.
- John Cartwright. Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for Civil Lawyer. Oregon: Hart Publishing, 2009.
- Joseph E. De Becker. Annotated Civil Code of Japan (Volume I & II). London: Butterworths, 1909.
- Konrad Zweigert and Hein Kötz. Introduction to Comparative Law. Trans. by Tony Weir. 3th edition. Oxford: Clarendon, 1998.
- Marcel Planiol, Traité Élémentaire de Droit Civil. N.p., n.d.
- Reinhard Zimmermann. The Law of Obligation Roman Foundations of the Civilian Tradition. Cape Town: Juta & Co, 1992.
- Stephen A. Smith. Atiyah's Introduction to the Law of Contract. 6th edition. Oxford: Clarendon, 2005.

ARTICLES

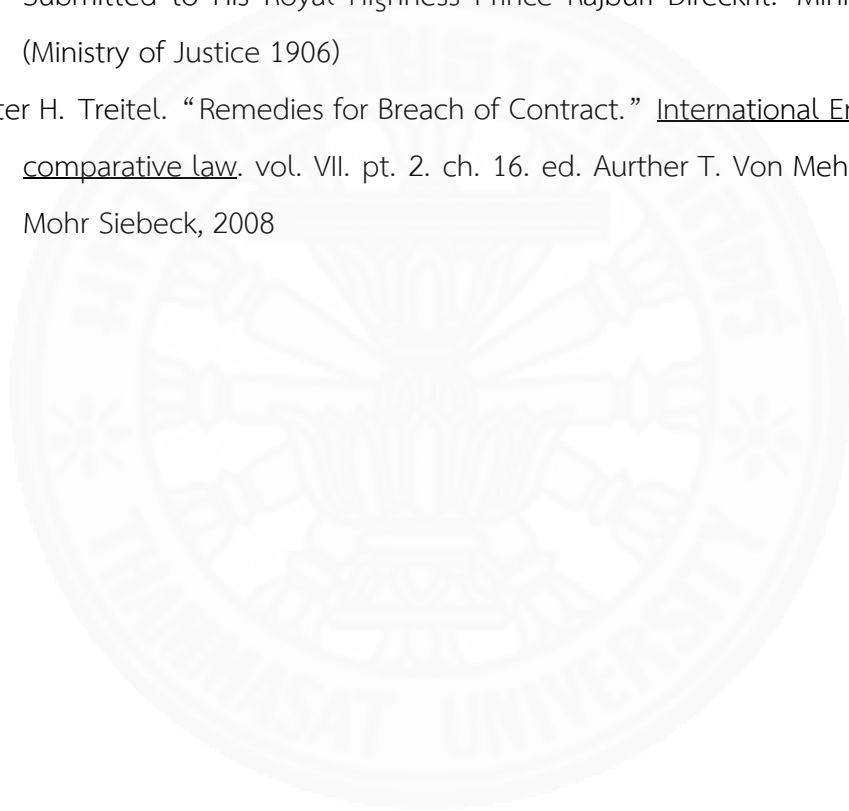
- Alan Watson. "The Evolution of Law: The Roman System of Contract." Law and History Review. Vol. 2. No. 1 (spring, 1984) 1-20.
- Francis Bowes Sayre. "The Passing of Extraterritoriality in Siam." American Journal of International. 22 (1928)
- Richard R.W. Brooks and Alexander Stremitzer. "Remedies On and Off Contract." Yale Law Journal. 120: 690 (2011) 690-727.

OTHER MATERIALS

Gareth H. Johnes and Peter Schlechtriem. "Breach of Contract (Deficiencies In A Party's Performance)." International Encyclopedia of Comparative Law. vol. VII. pt. 2. ch. 15. ed. Aurther T. Von Mehren. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008

George Padoux. "Report on the Proposed Panel Code for the Kingdom of Siam Submitted to His Royal Highness Prince Rajburi Direckrit. Minister of Justise (Ministry of Justice 1906)

Gunter H. Treitel. "Remedies for Breach of Contract." International Encyclopedia of comparative law. vol. VII. pt. 2. ch. 16. ed. Aurther T. Von Mehren. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008



ภาคผนวก



ภาคผนวก ก

รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 9 ตุลาคม พุทธศักราช 2468

ม-ดคก 3/5

[๔๔๗]

รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย

ณกรมร่างกฎหมาย ทำข้างวังหน้า

วันที่ ๙ ตุลาคม พระพุทธศักราช ๒๔๖๘

ผู้ที่มาประชุม คือ

- | | |
|------------------------------|-------------------|
| (๑) พระยาจินดาภิรมย์ ฯ | กรรมการร่างกฎหมาย |
| (๒) พระยาเทพวิฑูร ฯ | กรรมการร่างกฎหมาย |
| (๓) นาย เรมี่ เคอ ปลัดเคอโรส | กรรมการร่างกฎหมาย |
| (๔) นาย เรเน กาโซ | กรรมการร่างกฎหมาย |
| (๕) พระจินตบุญญา | |

นายสนิท อรรถยุกติ ผู้จัดและเรียบเรียง

พระยามานวราชเสวี ที่ปรึกษาการ

พระยาจินดาภิรมย์ ฯ เป็นประธาน เปิดประชุมเวลา ๑๑.๐๐ ก.ท.

วันนี้ประชุมร่างมาตราสำหรับหมวดว่าด้วยการยกเลิก

สัญญา (Rescission of contract) ดังต่อไปนี้

มาตรา ๑ ที่ประชุมได้ตรวจพิจารณาประมวลกฎหมายข้อนี้

มาตรา ๕๔๐ เทียบกับประมวลกฎหมายเยอรมันมาตรา ๓๔๕

ที่ประชุมปลุกษาศาฤกฏกลงกันร่างขึ้นตามทำนองประมวลกฎหมาย

ข้อนี้ เพราะเห็นว่าถ้อยคำเป็นหลักชัดเจนดีกว่า (ดูมาตรา

๓๔๖ ในสำเนาข้างท้าย)

มาตรา ๒ ที่ประชุมได้ตรวจพิจารณาประมวลกฎหมาย



[๘๖๘]

ญี่ปุ่นมาตรา ๕๔๑ เกี่ยวกับประมวลกฎหมายเยอรมันมาตรา ๒๔๓
๓๒๔, ๓๒๖ และมาตรา ๓๕๔ ที่ประชุมปฤชษาหาฤทถลงกัน
ร่างมาตราขึ้นตามทำนองประมวลกฎหมายญี่ปุ่น (ดูมาตรา ๓๔๓
ในสำเนาข้างท้าย)

มาตรา ๓ ที่ประชุมได้ตรวจพิจารณาประมวลกฎหมาย
ญี่ปุ่นมาตรา ๕๔๒ เกี่ยวกับประมวลกฎหมายเยอรมันมาตรา ๓๖๑
๒๔๖ (๒), ๓๒๖ (๒), ๓๔๖, ๓๖๒ ที่ประชุมปฤชษาหาฤ
ทถลงกันร่างมาตราขึ้นตามทำนองประมวลกฎหมายญี่ปุ่น และทก
ลงกันว่าไม่จำเป็นต้องแจ้งความให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบ เพราะคู่ส
สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ตกลงกันกำหนดเวลาไว้แล้ว (ดูมาตรา ๓๔๔
ในสำเนาข้างท้าย)

มาตรา ๔ ที่ประชุมได้ตรวจพิจารณาประมวลกฎหมาย
ญี่ปุ่นมาตรา ๕๔๓ เกี่ยวกับประมวลกฎหมายเยอรมันมาตรา
๓๒๕ - ๖ ที่ประชุมปฤชษาหาฤทถลงกันร่างมาตราขึ้นตาม
ทำนองประมวลกฎหมายญี่ปุ่น (ดูมาตรา ๓๔๕ ในสำเนาข้างท้าย)

มาตรา ๕ ที่ประชุมได้ตรวจพิจารณาประมวลกฎหมายญี่ปุ่น
มาตรา ๕๔๔ เกี่ยวกับประมวลกฎหมายเยอรมันมาตรา ๓๖๖ ที่
ประชุมปฤชษาหาฤทถกันเห็นว่าประมวลกฎหมายเยอรมันมีถ้อยคำ
ชัดเจนดีกว่า จึงตกลงกันร่างมาตราขึ้นตามทำนองนี้ (ดู
มาตรา ๓๔๖ ในสำเนาข้างท้าย)

มาตรา ๖ ที่ประชุมได้ตรวจพิจารณาประมวลกฎหมายญี่ปุ่น



(๑๖๙)

มาตรา ๕๔๕ เปรียบกับประมวลกฎหมายเยอรมันมาตรา ๓๔๖

นาย เรเน กาโซ เสนอว่า ควรจะร่างมาตราขึ้นตาม
 ทำของประมวลกฎหมายญี่ปุ่นมาตรา ๕๔๕ แต่ในตอนที่ ๒ ควร
 แก้ไขใหม่ตามทำของประมวลกฎหมายเยอรมันมาตรา ๓๔๖
 ตอนที่ ๒

พระยาเทพวิฑูร ๑ เสนอว่า เห็นว่าไม่ควรจะรวมกัน
 เช่นนั้น เพราะเนื้อความในประมวลกฎหมายญี่ปุ่นมาตรา ๕๔๕
 ตอนที่ ๒ ไม่เหมือนกับประมวลกฎหมายเยอรมันมาตรา ๓๔๖
 ตอนที่ ๒

ที่ประชุมปรึกษาหารือกันเห็นชอบกับความเห็นของพระยาเทพ-
 วิฑูร ๑ จึงตกลงกันเพิ่มเนื้อความตามทำของประมวลกฎหมาย
 เยอรมันมาตรา ๓๔๖ ตอนที่ ๒ ไว้เป็นตอนที่ ๓ แห่งมาตราที่ร่างขึ้น
 ใหม่ (ดูมาตรา ๓๕๑ ในสำเนาข้างท้าย)

มาตรา ๑ ที่ประชุมได้ตรวจพิจารณาประมวลกฎหมายญี่ปุ่น
 มาตรา ๕๔๖ เปรียบกับประมวลกฎหมายเยอรมันมาตรา ๓๔๔
 ที่ประชุมปรึกษาหารือตกลงกันร่างมาตราขึ้นตามทำของประมวล
 กฎหมายเยอรมัน (ดูมาตรา ๓๕๒ ในสำเนาข้างท้าย)

มาตรา ๔ ที่ประชุมได้ตรวจพิจารณา ประมวลกฎหมายญี่ปุ่น
 มาตรา ๕๔๗ เปรียบกับประมวลกฎหมายเยอรมันมาตรา ๓๕๕
 ที่ประชุมปรึกษาหารือตกลงกันร่างมาตราขึ้นตามทำของประมวล
 กฎหมายญี่ปุ่น (ดูมาตรา ๓๕๓ ในสำเนาข้างท้าย)

[๖๖]

มาตรา ๕ ที่ประชุมได้ตรวจพิจารณาประมวลกฎหมายขึ้น
มาตรา ๕๔๔ เกี่ยวกับประมวลกฎหมายเยอรมันมาตรา ๓๕๐ -๓
ที่ประชุมประกาศหาญตกลงกันร่างมาตราขึ้นตามทำนองประมวล
กฎหมายขึ้นตามคำแปลของเคอเบกเกอร์ (ดูมาตรา ๓๕๔ ใน
สำเนาข้างท้าย)

พระยาจินดาภิรมย์ ฯ เสนอว่า ได้ตรวจพิจารณามาตรา
๓๕๔ ในร่างใหม่ ซึ่งได้ร่างขึ้นตามหนังสือของเบ็งส์ชือ ๓๐๘
เห็นว่าข้อความไม่สมควรว่าด้วยมัดจำพร่อง ควรจะแก้ไขด้วยคำ
ขึ้นตามประมวลกฎหมายเยอรมันมาตรา ๓๓๔

พระยาเทพวิฑูร ฯ เสนออุทธรณ์ว่า นาย ก. ได้ทำ
สัญญาและให้เงินมัดจำไว้กับนาย ข. ต่อมานาย ก. กระทำผิด
หักสัญญา นาย ข. จึงบอกเลิกสัญญา มีปัญหาว่านอกจากการ
บอกเลิกสัญญานาย ข. จะมีสิทธิยึดเงินมัดจำไว้ด้วยได้ฤๅไม

ที่ประชุมประกาศหาญตกลงกันเห็นว่า นาย ข. ควรจะมี
สิทธิที่จะยึดเงินมัดจำไว้ด้วย จึงตกลงกันเพิ่มเติมด้วยคำขึ้นตาม
คำทำนองประมวลกฎหมายเยอรมันมาตรา ๓๓๔ ดังนี้ "or if
the rescinding of a contract is due to his
fault".

ปิดประชุมเวลา ๑.๐๐ ๓.ท.

(ลงนาม) นายสนิท ชวรณุกติ

จนและเรียบเรียง

มวน.พิมพ์.

๖๐. ๓๓๓.



[231]

CHAPTER IV.

RESCISSIION OF CONTRACT.

326. - If by a contract or by the provisions of law one party has the right of rescission, such rescission is made by a declaration of intention to the other party.

The declaration of intention mentioned in the foregoing paragraph cannot be revoked.

327. - If one party does not perform the obligation, the other party may fix a reasonable period and notify him to perform within that period. If he does not perform within that period, the other party may rescind the contract.

328. - If the object of a contract according to its nature or to an intention declared by the parties can be accomplished only by a performance at a fixed time or within a fixed period, and such time or period has passed without one of the parties having performed, the other party may rescind the contract without the notification mentioned in the foregoing section.

[822]

388. - If performance becomes wholly or partly impossible by a cause attributable to the debtor, the creditor may rescind the contract.

389. - If in a contract there are several persons on the one or the other side, the right of rescission may be exercised only by all and against all. If the right of rescission is extinguished in respect of one of those persons entitled, it is extinguished also in respect of the others.

391. - If one party has exercised his right of rescission, each party is bound to restore the other to his former condition; but the rights of third persons cannot be impaired.

To money which is to be repaid in the case of the foregoing paragraph interest is to be added from the time when it was received.

For services rendered and for allowing the use of a thing the restitution shall be made by paying the value, or, if in the contract a counter-payment in money is stipulated for, this shall be paid.

The exercise of the right of rescission does not affect a claim for damages.

[133]

302. - The obligations of the parties resulting from rescission shall be performed according to the provisions of section 300.

303. - If no period is fixed for the exercise of the right of rescission, the other party may fix a reasonable period and notify the party having a right of rescission to declare within such period whether he will rescind or not. If notice of rescission is not received within such period, the right of rescission is extinguished.

304. - The right of rescission is extinguished when the person entitled has, by his own act or fault, essentially damaged the thing which is the subject of a contract or has rendered the restitution thereof impossible or has changed it into a thing of a different kind by working it up or remodelling it.

If without the act or fault of the person who has the right of rescission the thing which is the subject of the contract has been lost or damaged, the right of rescission is not extinguished.

C.N.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ

นายวศิน วรวิทยาคม

วันเดือนปีเกิด

18 มิถุนายน พ.ศ. 2531

วุฒิการศึกษา

ปีการศึกษา 2553: นิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ผลงานทางวิชาการ

วศิน วรวิทยาคม. “การเลิกสัญญาโดยปริยาย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.

ประสบการณ์ทำงาน

พ.ศ. 2555 – 2556 เจ้าหน้าที่กฎหมาย

บริษัท ไต่กิน คอมเพรสเซอร์ อินดัสทรีส์ จำกัด

พ.ศ. 2557 – ปัจจุบัน หนಾಯความ